



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2011

Die Stellung der Medizinalberufe im neuen Erwachsenenschutzrecht

Breitschmid, Peter ; Wittwer, Caroline

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-47290>

Journal Article

Published Version

Originally published at:

Breitschmid, Peter; Wittwer, Caroline (2011). Die Stellung der Medizinalberufe im neuen Erwachsenenschutzrecht. Jusletter, 12(31.01.2011):1-21.

Prof. Dr. Peter Breitschmid / Caroline Wittwer

Die Stellung der Medizinalberufe im neuen Erwachsenenenschutzrecht

unter Berücksichtigung der Haftung von Medizinalpersonen

Am 1. Januar 2013 wird das Vormundschafts- durch das neue Erwachsenenenschutzrecht abgelöst. Der Beitrag skizziert Auswirkungen für die Medizinalberufe und Institutionen wie Spitäler und Heime. Patientenverfügungen, die fürsorgliche Unterbringung sowie der Aufenthalt in Wohn- und Pflegeeinrichtungen haben «Schlüsselfunktion» im Blick auf die Umsetzung eines «Personenschutzrechts», das, rechtlich abgesichert, Würde und Selbstbestimmung hohen Stellenwert einräumt. Emotionale Qualität lässt sich allerdings nicht rechtlich messen; Verfeinerung und Perfektionierung ist zudem indirekt Haftungsverschärfung – pflegerische Qualität setzt aber angstfreien Umgang und ausreichende Ressourcen voraus.

Rechtsgebiet(e): Gesundheitsrecht; Beziehungen zwischen Eltern und Kindern.
Vormundschaft / Erwachsenenenschutzrecht; Patientenrechte, Persönlichkeitsrechte;
Wissenschaftliche Beiträge; Ausübung von Gesundheitsberufen, Berufspolitik

Zitiervorschlag: Peter Breitschmid / Caroline Wittwer, Die Stellung der Medizinalberufe im neuen Erwachsenenenschutzrecht, in: Jusletter 31. Januar 2011

Inhaltsübersicht

1. Terminologie
 - a. Universitäre Medizinalberufe
 - aa) Allgemeine Struktur
 - bb) Medizinalberufegesetz
 - b. Nicht universitäre Medizinalberufe
 - aa) Allgemeine Struktur
 - bb) Berufsankennung von nicht universitären Medizinalberufen
 - c. Rechtliche Rahmenbedingungen
 2. Arzthaftung
 - a. Allgemeine Bemerkungen zur Haftung von Spezialisten
 - b. Wesen und Erfüllung des Behandlungsvertrags
 - c. Behandlungsvertragliche Haftung
 - d. Rekapitulation der Haftungsvoraussetzungen
 - aa) Schaden
 - bb) Vertragsverletzung
 - cc) Kausalzusammenhang
 - dd) Verschulden
 - e. Ausservertragliche Haftung
 3. Die Patientenverfügung in der Schweiz
 - a. Geltende Ordnung nach ZGB
 - b. Erwachsenenschutzrecht
 4. Die fürsorgliche Unterbringung
 - a. Geltende Ordnung nach ZGB
 - b. Erwachsenenschutzrecht
 - c. Die Erwachsenenschutzbehörde
 5. Aufenthalt in Wohn- und Pflegeeinrichtungen
 6. Fazit
- Literaturverzeichnis (Auswahl)
- Materialienverzeichnis

1. Terminologie

[Rz 1] Die Berufe des Gesundheitswesens werden generell in zwei Gruppen unterteilt. Terminologisch unterscheidet man zwischen universitären und nicht universitären Medizinalberufen, welche sich bezüglich Ausbildungsdauer, Ausbildungsstufe (Universität, Fachhochschule), Ausbildungsprofil, Weiterbildungsangebot und Berufsausübung stark unterscheiden¹.

a. Universitäre Medizinalberufe

aa) Allgemeine Struktur

[Rz 2] Zu den universitären Medizinalberufen zählen gemäss Art. 2 Abs. 1 MedBG Ärzte, Zahnärzte, Chiropraktoren, Apotheker und Tierärzte². Diese Berufe unterstehen dem Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe (MedBG) vom 23. Juni 2006, welches am 1. September 2007 nach langjährigen Verhandlungen in der Schweiz in Kraft trat³. Der vorliegende Beitrag befasst sich *schwerpunktmässig* mit der *ärztlichen* Tätigkeit, ohne dass allerdings – im *Geflecht*

der vielfältigen Behandlungsbedürfnisse – therapeutische und pflegerische Aspekte, die zunehmend akademisiert und zunehmend selbständig erbracht werden, gänzlich ausgeklammert werden dürfen. Die spezifischen Wertungen der Haftung knüpfen daran, dass *in jedem Falle die Gesundheit als existenziellstes Gut der behandelten Menschen* in Frage steht.

bb) Medizinalberufegesetz

[Rz 3] Das MedBG regelt die universitären Berufe weitgehend und löst die zuvor geltenden bilateralen Verträge bzw. die sogenannten Freizügigkeitsabkommen (FZA) zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft ab, die diesen sensiblen Bereich geregelt hatten⁴. Mit dem Inkrafttreten des MedBG am 1. September 2007 wurde das Bundesgesetz betreffend der Freizügigkeit des Medizinalpersonals in der Schweizerischen Eidgenossenschaft (FMPG) entsprechend Art. 61 MedBG ausser Kraft gesetzt⁵. Das MedBG stützt sich dabei auf Art. 95 BV, welcher die Ausübung privatwirtschaftlicher Erwerbstätigkeit regelt. Dem Bund kommt dabei eine umfassende, nachträglich derogatorische Kompetenz zu⁶. Obwohl sich das Bundesgesetz auf Art. 95 BV stützt, unterscheidet es im Wortlaut selber nur zwischen selbständiger und unselbständiger Erwerbstätigkeit⁷. Grund für diese Unterscheidung war eine unglückliche «Verkettung» von Irrtümern sowie ein «verfehlter Verweis auf das Sozialversicherungs- und Steuerrecht»⁸. Dies hat in den Monaten nach Inkraftsetzung des Gesetzes zu einer heftigen Debatte geführt, welche damit endete, dass nicht das MedBG «nachgebessert» wurde, wie vorgeschlagen, sondern die kantonalen Gesundheitsgesetze⁹. Der «Verwirrung zum Trotz» sei angemerkt, dass das MedBG nur die selbständige Erwerbstätigkeit regelt. Was mit unselbständig Erwerbstätigen in einem Anstellungsverhältnis passiert, ist einmal mehr den Kantonen überlassen¹⁰. Somit trägt das MedBG nicht gerade zur Übersichtlichkeit bei.

¹ GÄCHTER/VOLLENWEIDER, § 6, N 425.

² ETTER, MedBG-Komm, Art. 2 MedBG, N 1; KIESER, 26.

³ ETTER, Medizinalberufegesetz, <http://jusletter.weblaw.ch/article/de/_5847?lang=de> (letztmals abgerufen am 12. Juli 2009), Rz. 1.

⁴ GÄCHTER/VOLLENWEIDER, § 6, N 440 ff.

⁵ MÜLLER, AJP/PJA 2007, 329 ff., 331; ETTER, MedBG-Komm, Art. 61 MedBG, N 1; GÄCHTER/VOLLENWEIDER, § 6, N 447 ff., betreffend Neuordnung der universitären Medizinalberufe.

⁶ BIAGGINI, BV-Komm, Art. 95 BV, N 3.

⁷ FELLMANN, Medizinalberufegesetz <http://jusletter.weblaw.ch/article/de/_5924?lang=de> (letztmals abgerufen am 12. Juli 2009), Rz. 6 f.

⁸ GÄCHTER, Selbständige Berufsausübung <http://jusletter.weblaw.ch/article/de/_7107?lang=de> (letztmals abgerufen am 12. Juli 2009), Rz. 18 ff.

⁹ GÄCHTER, Selbständige Berufsausübung <http://jusletter.weblaw.ch/article/de/_7107?lang=de> (letztmals abgerufen am 12. Juli 2009), Rz. 38.

¹⁰ ETTER, MedBG-Komm, Art. 34 MedBG, N 1; FELLMANN, Medizinalberufegesetz <http://jusletter.weblaw.ch/article/de/_5924?lang=de> (letztmals abgerufen am 12. Juli 2009), Rz. 5 f.; KIESER/POLEDNA, AJP/PJA 2008, 421; EICHENBERGER, AJP/PJA 2003, 1316 ff., befasst sich mit der selbständigen und unselbständigen Erwerbstätigkeit von Ärzten.

b. Nicht universitäre Medizinalberufe

aa) Allgemeine Struktur

[Rz 4] Nicht unter das MedBG fallen Berufe des Gesundheitswesens, welche nicht an Universitäten unterrichtet werden. Grundsätzlich werden sämtliche Pflegeberufe zu den «nicht universitären Medizinalberufen» gezählt. Genauso gehören eine Vielzahl von Spezialisierungs- und Weiterbildungsberufen dazu aus den Bereichen Anästhesie, medizinisches Labor, Operationstechnik, medizinisch-technische Radiologie, Dentalhygiene, Hebamme, aber auch Berufe wie Ernährungsberatung, Physio-, Ergotherapie, Augenoptiker, Podologie, medizinische Masseur*innen usw.¹¹. Auch nicht unter das MedBG fallen Berufe der Alternativmedizin, z.B. die Homöopathie und Akupunktur. Diese eigenen Berufsgruppen können im vorliegenden Beitrag nicht näher thematisiert werden und es liegt der Schwerpunkt der Abhandlung bei den Pflegeberufen, ohne dass allerdings die bereits einleitend unter lit. a monierten Verflechtungen und der gemeinsame Bezugspunkt – nämlich die Bewahrung oder Wiederherstellung der mitmenschlichen Gesundheit – aus den Augen verloren werden dürfen.

bb) Berufsankennung von nicht universitären Medizinalberufen

[Rz 5] Die nicht universitären Berufe des Gesundheitswesens sind in den verschiedensten Formen organisiert und auch praktikierbar. Es ist möglich, in einem Anstellungsverhältnis oder freiberuflich tätig zu sein. Grundsätzlich werden die nicht universitären Medizinalberufe z.Zt. neu organisiert. Der Überführungsprozess dauert noch an, und es entstehen neue Fachhochschulstudiengänge¹². – Am Rande bemerkt: Nicht-Wissen schadet, aber wer spezifische Qualifikation anpreist, haftet auch nach dieser Qualifikation als Spezialist. Die (sehr berechnete) Aufwertung der bislang nicht-universitären Medizinalberufe, die gerade im (erwachsenenschutzrechtlich wichtigen) Bereich der Langzeitpflege gegenüber der Ärzteschaft eine vorrangige Stellung haben, wird im Haftungsparallelogramm der mit Dauerbetreuungsbedürftigen befassten Berufsgruppen zu einer gewissen Neuausrichtung führen (s. unten Ziff. 2.a).

c. Rechtliche Rahmenbedingungen

[Rz 6] Das Spektrum, welches im vorliegenden Beitrag thematisiert werden soll, erstreckt sich «gesetzes-geografisch» durch einen grossen Teil des Erwachsenenschutzrechtes und umfasst die Patientenverfügung, die fürsorgliche Unterbringung und in gewisser Weise auch noch die Unterbringung einer urteilsunfähigen Person in einem Alters- und

Pflegeheim¹³. Zudem befasst sich der Beitrag mit Fragen der ärztlichen Haftung. Damit ist eine *Reise durch die Landschaft sämtlicher schweizerischer Gesetze* gesichert. Betroffen sind unterschiedliche Rechtsgebiete, öffentliches und Zivilrecht; mit kantonalem und Bundesrecht gelangen unterschiedliche Hierarchiestufen zur Anwendung; *wegen der Persönlichkeitsnähe medizinischer Behandlung besteht auch Grundrechts- und damit EMRK-Nähe*¹⁴. Hinzuweisen ist auch auf die indirekt rechtsschöpfende Funktion der *Schweizerischen Akademie der medizinischen Wissenschaften*: Ihre Richtlinien haben als Standesrecht grossen Einfluss, auch wenn sie als «soft-law» keine direkte rechtliche Wirkung entfalten¹⁵. Von besonderer Bedeutung ist zudem die *Biomedizinkonvention*, welche 2008 für die Schweiz in Kraft getreten ist¹⁶. Differenziert soll nachfolgend auf die einzelnen Gesetze oder Standards bei der Behandlung des jeweiligen Themas eingegangen werden.

2. Arzthaftung

a. Allgemeine Bemerkungen zur Haftung von Spezialisten

[Rz 7] Das neue Erwachsenenschutzrecht berührt die Arzthaftung im eigentlichen Sinne nicht und wird keinen Paradigmenwechsel auslösen. Vielmehr wird von den bereits bestehenden Strukturen (wie insbesondere dem OR und spezialgesetzlichen Haftungstatbeständen) ausgegangen. Die Haftung von «selbstständig tätigen Medizinalpersonen» i.S.v. Art. 40 MedBG ist dort geregelt¹⁷. Es wäre allerdings

¹³ AFFOLTER, Plädoyer 2007, 23.

¹⁴ SPRECHER, 122.

¹⁵ Vgl. <www.samw.ch> (letztmals eingesehen am 12. Juli 2009); SPRECHER, 122, 131; TAG, 18. – Die SAMW-Richtlinien bilden (wegen der selbstverständlichen Vernetzung der naturwissenschaftlichen Disziplin) zugleich den *internationalen* Standard der medizinischen Wissenschaft ab, und dienen damit der Aktualisierung der lokalen Gesetzgebung.

¹⁶ Am 1. November 2008 trat für die Schweiz die Biomedizinkonvention in Kraft. In Art. 6 wird dabei der Schutz einwilligungsunfähiger Personen vorgesehen: Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin (Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin) (AS 2008 5137) v. 4. April 1997 <www.admin.ch/ch/d/as/2008/5137.pdf> (letztmals abgerufen am 12. Juli 2009). Gemäss Bundesbeschluss über die Genehmigung des Übereinkommens über Menschenrechte und Biomedizin (AS 2008 5125) <www.admin.ch/ch/d/as/2008/5125.pdf> (letztmals abgerufen am 6. Juli 2009) vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. a wurde zu Art. 6 Abs. 3 Biomedizinkonvention ein Vorbehalt angebracht und auf die kantonale Gesetzgebung verwiesen; BERGER/HAARHOFF, 140, grundsätzlich sind Art. 5-9 der Biomedizinkonvention für das Erwachsenenschutzrecht von grosser Bedeutung. Nach Art. 5 der Konvention ist die Einwilligung des Patienten unverzichtbar. Gemäss Art. 9 ist eine Patientenverfügung eines von einem Arzt aufgeklärten Patienten gültig; vgl. auch FEDERSPIEL, 23; STEFFEN/GUILLOD, 351 ff., 359 ff., ein Landesbericht aus der Schweiz zur Biomedizinkonvention.

¹⁷ MÜLLER, AJP/PJA 2007, 337; ETTER, MedBG-Komm., Art. 40 MedBG, N 1 ff.; GUILLOD, médecins, 55 ff., zur zivilrechtlichen Haftung des Arztes.

¹¹ Vgl. GÄCHTER/VOLLENWEIDER, § 6, N 426, hier ist einzig ein Überblick möglich.

¹² Vgl. GÄCHTER/VOLLENWEIDER, § 6, N 470 ff., befassen sich detailliert mit der Umstrukturierung.

denkbar gewesen, eine Haftung des neuen Rechts bei der Patientenverfügung vorzusehen, doch darauf hat der Gesetzgeber offensichtlich bewusst verzichtet¹⁸. Auch ist es möglich, dass eine widerrechtliche fürsorgerische Freiheitsentziehung nach Art. 429a ZGB eine Schadenersatzpflicht nach sich zieht¹⁹.

[Rz 8] Während bislang neben der Haftung des Spitalträgers bzw. der Organisationseinheit und der Arzthaftung unterschieden wird, dürfte die zunehmende Akademisierung weiterer Berufe des Gesundheitswesens und die zunehmende Spezialisierung in der Tendenz weitere, spezifische Haftungsüberlegungen auslösen. Eine *zunehmend schärfere Haftung ist Aspekt eines zunehmenden Qualitätsbewusstseins* und auch der Weigerung einer aufgeklärten Gesellschaft, angesichts stark entwickelter fachlich-technischer Möglichkeiten schicksalsergeben-duldend Leiden hinzunehmen. Die Schärfe der Haftung muss allerdings auf das Machbare abgestimmt sein, da letztlich das Risiko des Funktioniens des endlichen, verschleissbelasteten menschlichen Organismus nicht delegiert werden kann und immer an technische Grenzen stösst. Insofern schiene es gerechtfertigt, einen eher strengeren Massstab dort anzusetzen, wo «Wunscheingriffe» anstehen (also z.B. bei kosmetischen/Schönheits-Operationen, welche nicht der Behandlung eigentlicher Entstellungen oder Unfallfolgen dienen); ebenfalls erscheinen die Umstände einfacher bei «planbaren» Eingriffen als bei der Behebung multipler Unfallfolgen im Rahmen von Notoperationen, was sich letztlich darauf auswirken muss, was im konkreten Fall «machbar» – und damit der «geschuldeten Erfolg» – gewesen wäre (nicht verkannt wird, dass kein werkvertraglicher Erfolg geschuldet wird – vorausgesetzt ist aber, dass der Auftrag bestmöglich erfüllt wird, was leichter fällt, wenn die Umstände günstiger sind). Die hier vorab interessierenden *erwachsenenschutzspezifischen Bereiche medizinischer Behandlung* (nämlich vorab Alter und psychische Störungen) fallen – handelt es sich nicht um Langzeitverläufe – in den Bereich der kaum planbaren Sofortinterventionen und bedingen häufig Anpassungen und Verfeinerungen der Diagnose und der Behandlung, ohne dass leichthin jede «vorläufige Fehleinschätzung» bereits als Fehldiagnose und Behandlungsfehler qualifiziert werden dürfte.

b. Wesen und Erfüllung des Behandlungsvertrags

[Rz 9] Beim Behandlungsvertrag, der zwischen den beiden Parteien entsteht, wird einerseits danach unterschieden, ob es sich um eine nur ambulante haus- oder fachärztliche Behandlung handelt oder ob diese mit einer Hospitalisation verbunden ist; gegebenenfalls sind der totale und der gespaltene

Spitalaufnahmevertrag zu unterscheiden²⁰. Auch wenn es sich um einen Vertrag *sui generis* handelt, wird das Rechtsverhältnis zwischen einem Patienten und seinem Hausarzt oder einem Spitalarzt privatrechtlich dem *Auftragsrecht* nach Art. 394 ff. OR zugeordnet²¹. Der Grund ist in der Wirkung allgemeiner und normativer Rechtsgrundsätze zu suchen. Diese gelangen generell zur Anwendung²². Einzig wenn ein Patient in einer öffentlichen (z.B. kantonalen bzw. staatlichen) Institution behandelt wird, kommt eine öffentlich-rechtliche Staatshaftung zur Anwendung²³. Ausserdem handelt es sich um eine Heilbehandlung²⁴. Bei einem Werkvertrag schuldet der Unternehmer nicht nur ein Tätigwerden sondern einen sichtbaren Erfolg. Es wird ein Vertrag über ein Arbeitsergebnis und nicht über eine Arbeitsleistung abgeschlossen²⁵. Anders beim Auftrag; hier ist kein Erfolg oder gar eine *Erfolgsgarantie* geschuldet, sondern nur ein Tätigwerden, welches auf den Erfolg ausgerichtet ist und im Interesse des Auftraggebers liegt, verbunden mit einer *Leistungsgarantie*²⁶. So muss ein Arzt nach Auftragsrecht sorgfältig handeln und Verrichtungen präzise ausführen. Dies entspricht einem Handeln nach bestem Wissen und Gewissen sowie nach allen Regeln der ärztlichen Kunst. Der Arzt muss aber nicht für einen Erfolg einstehen²⁷ (ebenso wie der Jurist, der einen Arzthaftungs- oder einen andern Fall führt, nicht für den *Prozessausgang*, sondern nur das fachmännische Vorgehen im *Prozessverlauf* haftet). Der Grund hierfür ist in äusseren Faktoren zu suchen, auf die der Behandelnde selber keinen Einfluss hat, wie z.B.

²⁰ SCHLUEP, 938 f., zum totalen Spitalaufnahmevertrag; GÖTZ STAEHELIN, HAVE 2007, 227 f.; FELLMANN, Arztrecht, 106, zum gespaltenen und totalen Spitalaufnahmevertrag; BSK-OR I SCHLUEP/AMSTUTZ, Einl. vor Art. 184 ff. OR, N 364 ff.; FELLMANN, Haftung, 50; BREITSCHMID/STECK/WITTWER, FN 79. – «Beim totalen Spitalaufnahmevertrag tritt das Spital als einziger Vertragspartner dem Patienten gegenüber auf. Inhalt des Vertrags ist neben Pflege, Unterkunft und Verpflegung auch die ärztliche Leistung. Beim gespaltenen Spitalaufnahmevertrag hat der Patient zwei Vertragspartner, das Spital sowie den Arzt. Die Klinik erbringt die Pflege, Unterkunft und Verpflegung, der Arzt in einem gesonderten Vertragsverhältnis die ärztliche Leistung».

²¹ BGE 120 II 248 E. 2c; 116 II 519 E. 2a; JÄGER/SCHWEITER, 22; HALTER, 12; ROGGO, 29 f., 43 ff.; FELLMANN, Arztrecht, 104; ILERI, 149.

²² ILERI, 146.

²³ MÜLLER, AJP/PJA 2007, 337.

²⁴ ROGGO, 45.

²⁵ HONSELL, § 22, 283.

²⁶ WEBER, 33; DIURNI, FS-Deutsch, 88 f.; GUHL/SCHNYDER, § 49, N 12; auch in der *Schönheitschirurgie* gilt Auftragsrecht, aber es muss von einer qualifizierten Aufklärungspflicht ausgegangen werden; SemJud 1995, 708; vgl. im Zusammenhang mit der soeben in lit. a im Kontext angesprochenen schärferen Betrachtungsweise bei Wunscheingriffen den strafrechtlichen BGE 6B_115/2009, 13. August 2009, der die Strafuntersuchungsbehörden zur Abklärung zwingt, ob eine Schönheitschirurgin sich der Körperverletzung schuldig gemacht habe (das Lifting mit anschliessenden Komplikationen – schmerzhaft Hautveränderungen – hatte 2002 stattgefunden, 2003 war mit der Versicherung der Ärztin ein Vergleich mit einer Abfindungssumme von CHF 5'000 geschlossen, das Strafverfahren war auf kantonaler Ebene 2008 hingegen eingestellt worden).

²⁷ BGE 120 Ib 411 ff. E.4; BGE 130 IV 11 f.E. 3.3; ROGGO, 45; WIEGAND, 87; FELLMANN, Arztrecht, 112.

¹⁸ KÄLIN, ST 2008, 1052. – S. im übrigen Ziff. 3.b.

¹⁹ STARK, FG-Schnyder, 715 ff., die fürsorgerische Unterbringung richtet sich künftig nach Art. 426 Abs. 1 ff. nZGB, vgl. Anm. 101.

prädisponierende Faktoren eines Patienten oder Gefahren, welche von der Krankheit oder dem Eingriff selber ausgehen²⁸. Nach Art. 398 Abs. 1 OR gilt in Analogie zum Arbeitsvertrag ein objektivierter Sorgfaltsmassstab²⁹, welcher allerdings die genannten Eigenheiten zu berücksichtigen hat (weshalb z.B. prädisponierende Faktoren abzuklären sind und über allgemeine Operations- [wie Narkose- und Infektions-]risiken aufzuklären ist).

c. Behandlungsvertragliche Haftung

[Rz 10] In den letzten Jahren wurde bei der ärztlichen Sorgfaltspflicht durch das Bundesgericht ein zunehmend *strengerer Massstab* angelegt³⁰; das ist ohne Zweifel richtig, ohne dass übersehen werden darf (was früher – zu Unrecht – zu allzu pauschaler Exkulpation führte), dass «Reparatur» nicht neu zu schaffen vermag, und der allgemein (und ohnehin durch Krankheit und dann Intervention) oft geschwächte menschliche Körper oder die menschliche Psyche überbelastet werden kann. *Behandlung von Kranken ist per se Risiko*, und es kann dieses systembedingte Risiko a priori nicht ausgeschaltet werden. So dürfte etwa häufig fraglich sein, wie weit bei psychisch belasteten und/oder physisch aktiven, aber kaum mehr orientierten *Bewohnern von Institutionen* (an sich kein Fall der Arzt-, sondern der Haftung der Institution, unten Ziff. 5) eine Überwachung zum Schutz nicht zugleich eine übermässige Beeinträchtigung ihrer berechtigten Bedürfnisse auf frische Luft und gewisse «Rückzugsmöglichkeiten» bedeutet: entweder ist das eine oder andere Grundrecht verletzt, und die Institution läuft Gefahr, aus einer «Haftungsfalle» nicht entinnen zu können (wird der Spaziergarten durch Rosenpflanzungen begrenzt, so gewinnt optisch die Lebensqualität, aber es steigt auch das Verletzungsrisiko gegenüber einem Maschenzaun; oder ein Beispiel aus früherer Zeit: strikte Geschlechtertrennung in manchen Institutionen, um «geschlechtsübergreifende Kontakte» mit den entsprechenden «biologischen Folgen» zu unterbinden – womit zugleich die Persönlichkeit der Bewohner und ihr Grundrecht auf ein zu ihrem Schutz möglicherweise zwar sinnvoll kontrolliertes, aber nicht gänzlich unterbundes Sexualleben verletzt war). In solchen Fällen kann kaum abstrakt, sondern nur unter Würdigung des jeweiligen Konzepts und der dokumentierten, nachvollziehbaren Kontrolle seiner Umsetzung im Alltag entschieden werden, ob bei einem nie restlos auszuschliessenden Krisenfall *Haftung oder Schicksal* vorliegt.

[Rz 11] Die *ärztliche Haftung* richtet sich im Privatrecht nach Art. 398 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 97 OR, wobei bezüglich des Verschuldens eine umgekehrte Beweislast vorliegt und der

Schuldner der Hauptleistung (mithin der Arzt) bei Misslingen den Exkulpationsbeweis erbringen muss. Um die Risiken nicht ins Unermessliche steigen zu lassen, kann Teil einer solchen Exkulpation auch sein, auf die in der medizinischen Wissenschaft beschriebenen typischen Risiken zu verweisen – denkt man (wie die Versicherer) in den Kategorien von «Fallpauschalen», so hat man sich das Wesen jeglicher «Pauschalierung» bewusst zu machen, das (leider) bedeutet, dass neben dem Normalverlauf trotz fachlich einwandfreier Behandlung auch atypische Verläufe auftreten. Bemühend (und aus Kreisen des Konsumierenden- und Patientenschutzes zu recht kritisch moniert) ist allerdings, dass der gesundheitlich belastete Patient aufwändig den Einzelfallnachweis aller (ihn ohnehin belastender und von ihm kaum rekonstruierbaren) Säumnisse zu leisten hat: Die internen Abrechnungsprobleme zwischen Leistungserbringern und Versicherern sind nicht sein Problem, und es müsste der Nachweis seiner gesundheitlichen Beeinträchtigung ebenfalls «pauschaliert» die kompensatorischen Leistungen aus einem Pool auslösen, während die Frage, ob letztlich Haftpflichtversicherer eines der beteiligten Leistungserbringer, Kranken- oder Invalidenversicherung zu leisten haben, unter jenen zu klären ist, die diesen Pool zu alimentieren hätten.

[Rz 12] In Notfallsituationen und bei nicht einwilligungsfähigen Patienten kann von einer Geschäftsführung ohne Auftrag nach Art. 419 ff. OR ausgegangen werden³¹. Die (zumindest quasi-) vertragliche Haftung macht damit den grossen Teil der Fälle aus und überwiegt gegenüber der ausservertraglichen Haftung nach Art. 41 ff. OR. Immerhin ist von der (ggf. nur vermuteten) Einwilligung³² nur gedeckt, was nach absehbarem Behandlungsverlauf (inklusive der u.U. denkbaren Weiterungen) an Behandlung ins Auge gefasst war – eigenmächtige Behandlungserweiterungen sind nicht gedeckt.

[Rz 13] Das kann etwa bei älteren Patienten bedeutsam sein, deren Organismus durch eine bloss Operations-/Narkoseverlängerung zusätzlich belastet wird, ohne dass die zusätzliche Korrektur für die verbleibende Lebenszeit eine wirkliche Qualitätsverbesserung erbringen würde. Die Grenze zwischen einem «gesunden fachlichen Perfektionismus» und der «Überbehandlung» lässt sich allerdings nur schwer scharf ziehen – je nach gesundheitlichem Allgemeinzustand kann auch bei einer «nominell» hochbetagten Person ein Eingriff noch angezeigt (und damit auch krankenversicherungsrechtlich vergütungspflichtig) sein, der ansonsten «lehrbuchmässig» in dieser Altersgruppe nicht mehr vorgenommen würde.

²⁸ BGE 130 IV 7 ff. E. 3.3.

²⁹ KUHN, Arzt, 602.

³⁰ Vgl. BGE 105 II 284 ff. gegenüber BGE 116 II 521 und BGE 120 II 248; HONSELL, § 23, 286.

³¹ KUHN, MedR 1999, 248; KUHN, Arzt, 602 f., zur ausservertraglichen Haftung und Geschäftsführung ohne Auftrag.

³² GUILLOD, 53 ff., zu den verschiedenen Formen der Einwilligung.

d. Rekapitulation der Haftungsvoraussetzungen

aa) Schaden

[Rz 14] Den Beweis für einen Schaden hat bei der vertraglichen Haftung der Patient zu erbringen³³. Dabei handelt es sich in gängiger Begrifflichkeit um eine «ungewollte Verminderung des Reinvermögens» oder um «eine Verminderung der Aktiven, eine Vermehrung der Passiven» bzw. um einen «entgangenen Gewinn»³⁴.

bb) Vertragsverletzung

[Rz 15] Die Verletzung eines Behandlungsvertrages zwischen einem Patienten und seinem Arzt äussert sich dadurch, dass die übernommene Pflicht, alles zur Heilung des Kranken beizutragen, von Seiten des Mediziners verletzt wurde³⁵.

cc) Kausalzusammenhang

[Rz 16] Ein natürlicher Kausalzusammenhang erscheint immer dann gegeben, wenn die Ursache eine nicht wegzudenkende Bedingung für einen Schadenseintritt darstellt. Sie kann «nicht weggedacht werden, ohne dass auch der Erfolg entfielen». Der adäquate Kausalzusammenhang ist die Ursache, welche «nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Erfahrung des Lebens geeignet ist, den eingetretenen Erfolg zu bewirken»³⁶ (diese «klassischen» Formulierungen wirken einigermaßen makaber, wenn sie den Schaden als «Erfolg» bezeichnen ...).

dd) Verschulden

[Rz 17] Wie bereits ausgeführt, kann sich der Arzt von einer Haftung befreien, wenn es ihm gelingt, den Exkulpationsbeweis zu erbringen, welcher ihm nach Art. 97 Abs. 1 OR offen steht; gelingt dieser Beweis, liegt keine

Sorgfaltspflichtverletzung vor. Es handelt sich um eine Verschuldenshaftung mit sogenannter umgekehrter Beweislast. Grundsätzlich wird auf einen *objektiven* Verschuldensmassstab abgestellt: Der Anwalt hat das Recht zu kennen, aber er kann den Prozessstoff und die Beweislage nicht anders gestalten, als sie eben sind – und desgleichen ärztliches und medizinisches Personal: man hat sein Fach zu kennen und das zu können, was an Fingerfertigkeit vorauszusetzen ist, um jene Behandlung zu erbringen, die erforderlich ist, aber es geht eben um die Behandlung eines suboptimalen und insofern eben meist erhöht risikoträchtigen Zustands³⁷.

e. Ausservertragliche Haftung

[Rz 18] Die ausservertragliche Haftung richtet sich nach Art. 41 ff. OR und setzt keinen Vertrag zwischen Arzt und Patient voraus. Ausser einem Schaden, Widerrechtlichkeit und einem Kausalzusammenhang muss zudem ein Verschulden gegeben sein. Da dieses im Gegensatz zur vertraglichen Haftung hier erst noch bewiesen werden muss, wirkt sich die ausservertragliche Haftung für den geschädigten Patienten eher nachteilig aus. Ist zwischen Arzt und Patient ein gültiger Behandlungsvertrag zustande gekommen und wurde dieser im Behandlungsverlauf verletzt, so hat der Patient das Recht, seine Ansprüche aus ausservertraglicher oder vertraglicher Haftung geltend zu machen³⁸.

3. Die Patientenverfügung in der Schweiz³⁹

[Rz 19] Die *Patientenverfügung*, in Deutschland auch *Patiententestament* oder *-brief* genannt⁴⁰, ist momentan noch eine

³³ EISNER, 56; PALLY, 12.

³⁴ FELLMANN, Haftung, 53.

³⁵ PALLY, 55. – Ohne dass hier auf Einzelheiten eingegangen werden könnte, ist allerdings damit nicht nur das ärztliche Tun und (Unter-)Lassen gemeint, sondern auch solches von *Hilfspersonen*; s. dazu etwa den instruktiven Fall BGE 116 II 519 (dazu KUHN, Arzt, 660 f.); die unterschiedliche Einschätzung der Äusserungen der Praxishilfe im Instanzenzug signalisiert, dass die prozessuale Nachbereitung (typischerweise) mündlicher Kommunikation gegenüber (typischerweise) gestressten Angehörigen (hier: Eltern eines Kleinkindes mit schwerster Diarrhöe) zu Missverständnissen bzw. unterschiedlicher Einschätzung Anlass geben kann: Kranksein birgt Risiken, und die Behandlung in krankheitsbedingt riskanter Situation ist ihrerseits risikoreich (was den *Versicherten* der risikobelasteten Berufsgruppen mit auf den Weg zu geben ist). Die nachträgliche Aufbereitung solcher Kommunikationsverläufe bietet (obwohl die Beteiligten noch leben) ähnliche Schwierigkeiten wie die Ermittlung der Testierfähigkeit/Urteilsfähigkeit verstorbener Personen: was genau in welchem Moment Sache war und wie die Äusserung verstanden werden durfte und musste, ist kaum rekonstruierbar, und das Ergebnis damit offen.

³⁶ OTT, 105 f.; vgl. SCHMID, 116; PALLY, 29 ff.

³⁷ SCHMID, 116; FELLMANN, Haftung, 63. – Während *Piloten* schon seit je her in ihren «Fünzigern» gewissermassen «frühpensioniert» wurden, hat BGE 133 I 259 das Notariatsgesetz von Basel-Stadt, welches das Höchstalter für *Notare* auf 75 Jahre begrenzt, geschützt (s. Besprechung in *successio* 2008 70 ff.) – Sauerbruch (dazu a.a.O., *successio* 2008 71 Ziff. 4) hatte demgegenüber noch keine *Altersgrenze für ärztliches Wirken* zu fürchten, die schwer zu ziehen wäre (psychiatrische Fachgespräche dürften meist länger möglich sein als chirurgische Tätigkeit, usw.). Der Hinweis diene allerdings dazu, auf ein *Zukunftsproblem* hinzuweisen: die *demographische Entwicklung* lässt nicht nur die Patienten *älter* werden, sondern auch die sie behandelnde Ärzteschaft, was neue Rechtsfragen aufbringen oder alte Fragen neu wiederaufleben lassen kann.

³⁸ KUHN, MedR 1999, 248.

³⁹ Teilweise bereits im gleichen Sinne behandelt im Beitrag von WITTWER/BREITSCHMID, Transplantationsrecht, <http://jusletter.weblaw.ch/article/de/_8824?lang=de> (letztmals eingesehen am 17. Januar 2011); Das Gebiet dürfte erst einige Jahre nach Inkrafttreten wirklich ausgeleuchtet werden können, da die Planbarkeit des Unvorstellbaren (für Laien wie selbst für Fachpersonen) doch Schwierigkeiten birgt und die praktische Handhabung sich sowohl mit individuellen Vorlieben wie standardisierten Formulartexten in der Individualität der konkreten Behandlungs- und biographischen Situationen schwer tun wird.

⁴⁰ LAUFS/UHLENBRUCK, § 132, N 38; BAUMGARTEN, 303, es gibt insbesondere in Deutschland eine Vielzahl von Bezeichnungen, die m.E. aber nicht

zwischenmenschliche Gesprächsthematik, wird aber durch Art. 371 nZGB zur notwendig schriftlichen Willensäusserung mit Anweisungen bezüglich Art und Reichweite der pflegerischen sowie medizinischen Betreuung; sie bezieht sich *häufig*⁴¹ auf eine terminale Phase im Leben eines Menschen. Sie richtet sich an Ärzte und Pflegepersonal für den Fall der Urteilsunfähigkeit des Patienten, bestimmte medizinische Behandlungen oder Eingriffe zuzulassen oder andererseits zu unterlassen⁴². Sie wird zu einem Zeitpunkt verfasst, in dem der Verfasser noch urteilsfähig ist, ansonsten die Patientenverfügung keine Gültigkeit erlangt⁴³. Sinnvollerweise hat man sie als «Behandlungsrichtlinie» zu verstehen⁴⁴, insbesondere deshalb, weil die vorausgesetzte Urteilsfähigkeit eher theoretischer Natur und die Situation im Falle (vorauszusetzender) ernsthafter lebens(qualitäts)bedrohlicher Zustände und die dannzumaligen Empfindungen im Grunde nur schwer prognostizierbar sind: zwar dürfte sich eine grosse Mehrheit in der Ablehnung eines jahrelangen «Lebens an Schläuchen» in einem unabwendbar terminalen Stadium einigermassen einig sein, aber die Lebensqualität z.B. gelähmter, rollstuhlgewundener Patienten kann dank Rehabilitation und heutiger technischer Unterstützung weit weniger eingeschränkt sein, als man sich dies in jüngeren und gesünderen Tagen noch vorgestellt hätte.

[Rz 20] Eine Patientenverfügung enthält typischerweise Informationen darüber, welche Behandlungen *abgelehnt* werden, etwa betreffend Schmerzmedikation, künstlicher Ernährung (z.B. PEG-Sonde), Reanimation und Intensivtherapie (z.B. künstliche Beatmung bei apallischem Syndrom). Prinzipiell ist der Verfasser der Verfügung betreffend des Inhalts frei. Es ist auch möglich, Angaben dazu zu machen, ob der Patient Untersuchungen zu Forschungszwecken, eine Organspende oder eine Obduktion ablehnt. Eine Patientenverfügung enthält *nicht notwendig* einen Behandlungsverzicht, sondern kann durchaus auch Behandlungswünsche bis hin zur *Maximalbehandlung* einschliessen⁴⁵.

[Rz 21] Grundsätzlich gilt das Prinzip, je «*realistischer*» eine Patientenverfügung ausgestaltet wird, umso höher ist der Grad der zu erreichenden Bindungswirkung⁴⁶. Inhalt einer Patientenverfügung kann nur sein, was sich in einem rechtlich erlaubten (u.U. auch: sozialversicherungsrechtlich finanzierbaren) Rahmen bewegt. Unmögliches kann von medizinischem Personal (Ärzten oder Pflegepersonal) nicht erwartet werden, und auch ein expliziter Auftrag würde nichts an der Strafbarkeit – z.B. der aktiven Sterbehilfe⁴⁷ – ändern.

a. Geltende Ordnung nach ZGB

[Rz 22] Bislang war es den Kantonen überlassen, ob und wie sie die Patientenverfügung regelten. Dies führte dazu, dass sich in einzelnen Kantonen überhaupt keine, in anderen Kantonen einzelne Bestimmungen in der kantonalen Gesetzgebung fanden. Die kantonale Ordnung ist bis heute uneinheitlich⁴⁸, und es bleibt das den Tod als «Tabuzone» berührende Thema in der öffentlichen Diskussion belastet. Der Schutz einer Person und ihrer Willensentscheidungen ist im Privatrecht durch Art. 27 und 28 ZGB und im öffentlichen Recht durch die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) garantiert. Auch zu erwähnen ist Art 19 Abs. 2 ZGB, wobei eine urteilsfähige Person über ihre Behandlung (und das kann auch ein Behandlungsverzicht sein) selber entscheidet, unabhängig davon, ob sie unmündig oder entmündigt ist. Nach Art. 16 ZGB ist urteilsfähig, wem es nicht wegen seines Kindesalters oder sonst eines im Gesetz vorgesehenen Grundes an der Fähigkeit mangelt, vernunftgemäss zu handeln⁴⁹. Weiter sind nach Art. 9 Biomedizinkonvention zu einem früheren Zeitpunkt gemachte Wünsche eines Menschen zu berücksichtigen⁵⁰. Unter all diesen Gesichtspunkten kann der Wunsch auf Nicht-Behandlung nicht ausgeschlagen werden. Das zieht aber die Frage nach der begleitenden (palliativen) Behandlung der Folgen der Nicht-Behandlung nach sich, die an Grenzbereiche stösst (hochdosierte und damit

sonderlich geeignet erscheinen, etwa «Euthanasietestament» oder «Lebenstestamente». Sie alle sind nur eine andere Bezeichnung für die Patientenverfügung. Diese Bezeichnung hat sich in der Schweiz durchgesetzt und soll vorliegend auch Verwendung finden.

⁴¹ BREITSCHMID/REICH, ZVW 2001, 150 f., «*häufig*» bedarf einer Erläuterung: Einerseits kommt die Patientenverfügung noch zu Lebzeiten eines Patienten zum Einsatz, andererseits braucht sie sich nicht nur auf das terminale Stadium eines Menschen zu beziehen.

⁴² WENZEL, 380, N 517, zur mündlichen oder schriftlichen Willensäusserung; LAUFS/UHLENBRUCK, § 132, N 35.

⁴³ LAUFS/UHLENBRUCK, § 132, N 38 ff.

⁴⁴ BREITSCHMID/REICH, ZVW 2001, 150; unter «www.fmh.ch/de/data/pdf/pat-verf.pdf» ist eine Patientenverfügung der FMH Gesellschaft abrufbar (letztmals eingesehen am 6. Juli 2009).

⁴⁵ RUDOLF/BITTLER/ROTH, N 214; DEVAUD, 47 ff.; BABAİANTZ, 3 ff.; MANAI, 205 ff.; GUILLOD/MEIER, FG-Schnyder, 326 ff.; GUILLOD/HELLE, ZSR 2003, 291 ff.; GUILLOD/GUINAND, ZSR 1988, 401 ff.; zur directives anticipées; UMMEL, 141 ff., Testament et directives anticipées; WIDMER BLUM, 155 ff., zum Inhalt einer Patientenverfügung

⁴⁶ PFÄNDLER, Plädoyer 2007, 32; SPIEWAK MARTIN, Künstliche Ernährung, Leben am Schlauch, DIE ZEIT, 28.05.2009, Nr. 23, 39 f., zu Aspekten der Verbindlichkeit einer Patientenverfügung.

⁴⁷ Vgl. LAUFS/UHLENBRUCK, § 132, N 38; DONATSCH, § 1, Art. 115 StGB, 19, zur aktiven Sterbehilfe; BRÜCKNER, 148; DUNGER, 39.

⁴⁸ Zur Patientenverfügung § 31 des Patientinnen- und Patientengesetzes des Kantons Zürich vom 5. April 2004 (LS 813.13) «[www2.zhlex.zh.ch/appl/zhlex_r.nsf/WebView/284C1585E12CC203C1256F4A00448D65/\\$File/813.13_5.4.04_47.pdf](http://www2.zhlex.zh.ch/appl/zhlex_r.nsf/WebView/284C1585E12CC203C1256F4A00448D65/$File/813.13_5.4.04_47.pdf)» (letztmals aufgerufen am 23. Juni 2009). Auch an dieser Stelle sei ausdrücklich auf die neue medizinisch-ethische Richtlinie der SAMW zur Patientenverfügung hinzuweisen. Sie wurde am 19. Mai 2009 vom Senat der SAMW genehmigt und ist unter «www.samw.ch/de/Aktuell/News.html» (letztmals aufgerufen am 23. Juni 2009) abrufbar; FEDERSPIEL, 22.

⁴⁹ STEFFEN/GUILLOD, 362.

⁵⁰ FEDERSPIEL, 23; Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin (Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin) (AS 2008 5137) v. 4. April 1997 «www.admin.ch/ch/d/as/2008/5137.pdf» (letztmals abgerufen am 6. Juli 2009).

«tödliche» Schmerztherapie; «eigentliche» Sterbehilfe durch Organisationen, die einerseits wegen der Stigmatisierung des «Themas Tod» an sich, aber auch durch ihre einseitige, monothematische Ausrichtung auf die Sterbehilfe – statt eines *integralen Ansatzes*, der auf *kontinuierliche* menschliche *Behandlung über alle Stufen bis zum Tod hin*⁵¹ zielen müsste – in der öffentlichen Kritik stehen).

[Rz 23] Schlägt man heute im ZGB unter dem Stichwort «Verfügung» nach, so finden sich nur die «Verfügungen von Todes wegen»⁵², nämlich das Testament⁵³ und der Erbvertrag⁵⁴. Neu im ZGB geregelt ist die Patientenverfügung als eine «Verfügung unter Lebenden»⁵⁵. Das Bundesrecht hat bisher zu solchen (typischerweise nicht erbrechtlich-vermögensrechtlichen, sondern ideell-persönlichkeitsrechtlichen) Anordnungen geschwiegen. Diesem Missverhältnis soll nun begegnet werden, indem das neue Erwachsenenschutzrecht auf Bundesebene eine einheitliche Ordnung trifft⁵⁶.

b. Erwachsenenschutzrecht

[Rz 24] Neu ermöglicht das Erwachsenenschutzrecht in verbindlicher Art und Weise einerseits die medizinischen Massnahmen in einer Patientenverfügung zu regeln und zudem eine natürliche Person seines Vertrauens als Vertretung zu

bezeichnen, um im Fall der Urteilsunfähigkeit Entscheidungen in medizinischen Angelegenheiten zu treffen (Art. 370 ff. und 372 nZGB)⁵⁷. Es ist jedoch zu differenzieren gegenüber dem zuerst geplanten Vorsorgeauftrag mit Ausdehnung auf medizinische Massnahmen, wie ihn der VE-ZGB vorgesehen hatte⁵⁸. Dieses Institut wurde (zu Recht) stark vereinfacht. Der Vorsorgeauftrag mit Ausdehnung auf medizinische Massnahmen ist – materiell betrachtet – eine Patientenverfügung. Man kann auch sagen, dass diese beiden Institute zu einer Einheit verschmolzen wurden⁵⁹. Unabhängig davon ist es entsprechend dem neuen Erwachsenenschutzrecht nach Art. 360 Abs. 1 nZGB künftig möglich, mittels eines Vorsorgeauftrages eine natürliche oder juristische Person zu bezeichnen, welche im Falle der eigenen Urteilsunfähigkeit die Vermögenssorge übernimmt und den Rechtsverkehr regelt⁶⁰. Rechtstechnisch bemerkenswert und erneut zu unterstreichen ist, dass mit der *Patientenverfügung* eine *Delegation typischerweise höchstpersönlicher* (und damit eigentlich nicht delegationsfähiger) *Anordnungen* erfolgen kann. Das ist richtig, weil die Persönlichkeit besser respektiert wird, wenn sie (adäquat) vertreten wird, als wenn sie gewissermassen «brach liegt»; dennoch weist das Thema besondere Sensibilität auf, weshalb die Wahrnehmung der Vertretung zu verifizieren sein kann. Dies betrifft allerdings eher die Erwachsenenschutzbehörden (die im Falle eines Einschreitens nach Art. 373 nZGB ein beträchtliches Sensorium entwickeln müssen) als die medizinischen und pflegerischen Betreuer, weshalb in diesem Bereich für letztere kaum spezifische Haftungsrisiken auszumachen sind. Immerhin sollte das Sensorium aller fachlich Beteiligten für mögliche Interessenkollisionen bei jeglicher Vertretungssituation «aktiviert» bleiben, und insbesondere sollte das Netzwerk der beteiligten Fachstellen sich über allenfalls problematische Konstellationen austauschen. Das fällt leichter in der Langzeitpflege, wo Rückfragen und präventive Abklärungen problemlos möglich sind, während bei der Notfallbehandlung eher die medizinische Spontanintervention als die Ausleuchtung rechtlich-administrativer Hintergrundbelange drängt – entsprechend verschieden sind die Haftungsrisiken bei Missachtung von (nachträglich erkannten konträren) Patientenanliegen.

[Rz 25] Die Patientenverfügung ist schriftlich zu errichten, mit

⁵¹ Der *Tod* ist (mit Ausnahme der zivilstandsregisterlich vorgeschriebenen Feststellung des Todes) vom *ärztlichen Berufsethos* (das – einzig – auf Heilung zielt) nicht (mehr) erfasst und entsprechend auch in der Ausbildung ausgeklammert; der Tod des Patienten ist eher Haftungsfall als «ordentlicher» Behandlungsabschluss, obwohl letztlich (gerade auch im Rahmen einer technik-intensiven apparativen Medizin) *keine ärztliche Behandlung den Tod verhindern* (sondern höchstens den Zeitpunkt seines Eintritts beeinflussen) kann. Es scheint sich nun ein Paradigmenwechsel abzuzeichnen: Obwohl der Arzt nicht verpflichtet ist, bei zulässiger Sterbehilfe mitzuwirken, so hat er doch in jedem Falle die Behandlungsanweisungen des Patienten zu respektieren oder diesen gegebenenfalls an einen andern Arzt weiter zu verweisen. Aktive statt bloss palliativer Behandlung wäre ebenso Missachtung des Patientenwillens wie eine Operation, die weitere als die vereinbarten Schritte umfasst, und insofern Haftungsstatbestand, allenfalls sogar (weil die Persönlichkeit des Patienten in Frage steht) Genugtungsgrund (Art. 49 OR) ist.

⁵² DRUEY, § 8, N 1 ff., zu den Verfügungen von Todes wegen.

⁵³ DRUEY, § 9, N 1 ff., zum Testament.

⁵⁴ DRUEY, § 10, N 1 ff., zum Erbvertrag.

⁵⁵ Zur Abgrenzung einer Verfügung von Todes wegen oder unter Lebenden bietet BGE 5C.56/2005 vom 15. Juli 2005 Hilfe; s. (mit weiteren Hinweisen) auch BSK ZGB II-BREITSCHMID, Vorbem. zu Art. 467-540 N 29 ff. Grundsätzlich hängt die Qualifikation eines Rechtsgeschäftes davon ab, ob der Nachlass betroffen ist oder die Wirkung des Geschäftes noch zu Lebzeiten eintreten soll; WENZEL, 381, N 517, zur Verfügung unter Lebenden. Es betrifft diese (klassisch erbrechtliche) Unterscheidung die Form und soll Missverständnissen und Übervorteilung beim unkundigen Erblasser vorbeugen; die Patientenverfügung dürfte hingegen in ihrer (durchaus lebzeitigen!) Tragweite erkannt werden, wobei allerdings eine Vielfalt standardisierter, je nach weltanschaulicher Provenienz unterschiedlicher Mustervorlagen dereinst Schwierigkeiten bereiten könnte.

⁵⁶ ROGLMEIER, ZErB 2009, 236 ff.; HÖFLING, Das neue Patientenverfügungsgesetz, NJW 2009, 2850, zum neuen Patientenverfügungsgesetz in Deutschland.

⁵⁷ PFÄNDLER, Plädoyer 2007, 31; AFFOLTER, AJP/PJA 2006, 1061, HAAS, N 373; HÄFELI, FamPra.ch 007, 5; BIDERBOST, SJZ 2010, 314 f.; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, § 2, 2.38; LEUBA, FS-Widmer, 21 ff., das neue Erwachsenenschutzrecht mit einem Beitrag aus der Westschweiz.

⁵⁸ BREITSCHMID/REICH, ZVW 2001, 149 ff., zur Typologie der Vorsorgevollmachten; BREITSCHMID, ZVW 2003, 271 f.

⁵⁹ HÄFELI, FamPra.ch 2007, 5, von einer Befristung der Wirkungsdauer, wie sie BAUMANN vorschlug, wich man ab; BAUMANN, ZVW 2005, 69, zur Befristung auf drei Jahre; Botschaft des Bundesrates zur Änderung des schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindsrecht) vom 28. Juni 2006 (BBl 2006, 7001 ff., 7025 f., 7031 f., Gesetzesentwurf 7139 ff. sowie nunmehr die definitive Fassung vom 19. Dezember 2008 in BBl 2009, 141 ff., im Folgenden zit. als nZGB).

⁶⁰ HÄFELI, FamPra.ch 2007, 4; KÄLIN, ST 2008, 1049 f.

dem aktuellen Datum zu versehen und vom Verfasser zu unterzeichnen (371 Abs. 1 nZGB)⁶¹. Grundsätzlich kann auch ein urteilsfähiger Minderjähriger eine Patientenverfügung errichten, denn Handlungsfähigkeit wird nicht vorausgesetzt, einzig Urteilsfähigkeit⁶². Inhaltlich darf die Patientenverfügung weder gesetzlichen Vorschriften noch Standesrecht widersprechen⁶³. Für den Widerruf ist ebenfalls die Schriftlichkeit vorgesehen. Dieser ist bei Urteilsfähigkeit jederzeit möglich. Grundsätzlich gelten in Analogie die Bestimmungen des Vorsorgeauftrages⁶⁴.

[Rz 26] In einem weiteren Schritt kann man das Vorliegen einer Patientenverfügung in der Versichertenkarte eintragen lassen (Art. 371 Abs. 2 ZGB)⁶⁵. Es liegt in der Eigenverantwortung des Verfassers, wie das Medizinalpersonal in Kenntnis der Patientenverfügung gelangt, z.B. indem der Aufbewahrungsort ebenfalls auf der Karte gespeichert wird⁶⁶.

[Rz 27] Besteht die Gefahr, dass die Interessen des Verfassers der Patientenverfügung nicht gewahrt werden, so kann der Patient oder die von ihm damit beauftragte Person an die Erwachsenenschutzbehörde gelangen (Art. 373 und 368 nZGB)⁶⁷. Problematisch erscheint die Anordnung von Zeugen Jehovas, welche in der Patientenverfügung die Verabreichung von Blutkonserven verweigern. Sie geraten damit immer wieder in die Schlagzeilen⁶⁸. Nach einem Urteil des Bundesverfassungsgerichtes wurde trotz vorliegender Patientenverfügung eine Bluttransfusion verabreicht. Der Ehemann, welcher kein Zeuge Jehovas war und der Blutübertragung zustimmte, wurde als Vormund der Patientin bestellt⁶⁹.

Hier hat die Erwachsenenschutzbehörde nach neuem Recht keine Möglichkeit einzuschreiten, wenn der Ehegatte einer Blutübertragung im «objektiven Interesse des Patienten» zugestimmt hat, weil wohl dem *mutmasslichen Willen* des Patienten (bezogen auf diese Situation) entsprochen wurde (bei gemischt-religiöser Beziehung bestehen Anhaltspunkte für einen über den Rahmen der strikt-religiösen Vorschriften hinausreichenden Horizont). Heikler kann demgegenüber sein, wenn eine religiös verfangene Familie sich gegenüber elementaren medizinischen Vorkehrungen abschottet und sich die Frage stellt, ob behördenseitig «Zwangsmassnahmen» ergriffen werden dürfen⁷⁰ – es würde ein solcher behördlicher Eingriff die *Abgrenzung zwischen Religion und Wahn* bedingen, was grundrechtliches Extremszenario ist: Immerhin sind allerdings religiöse Vorschriften, welche die Endlichkeit des Menschen gegenüber endloser Behandlung respektieren, nicht per se unsinnig, unter Umständen aber Verstoss gegen die Menschenwürde, wo vermeidbares Leiden (und vermeidbares Leid: etwa der Tod von Eltern noch minderjähriger Kinder) in Kauf genommen würde. Behandlungs-«Fehlentscheide» in solchen Extremsituationen müssen aus Haftungsperspektive zurückhaltend beurteilt werden, da trotz Professionalität persönlichkeitsensitive Fragen nahezu unlösbarer Art in Drucksituation rasch zu entscheiden sind.

[Rz 28] Die Patientenverfügung ist bei einem urteilsunfähigen Patienten mit psychischen Störungen im Rahmen einer fürsorglichen Unterbringung (Art. 433 und 435 nZGB) des neuen Erwachsenenschutzrechts wenn möglich zu berücksichtigen und in den Behandlungsplan mit einzubeziehen. Grundsätzlich muss ihr aber nicht zwingend entsprochen werden. Auch in Notfällen kommt der Patientenverfügung zwangsläufig (Informationslage) zunächst eine nur untergeordnete Rolle zu (Art. 379 nZGB)⁷¹.

[Rz 29] **Exkurs:** Bezüglich der **Bindungswirkung der**

⁶¹ HÄFELI, FamPra.ch 2007, 5.

⁶² Botschaft des Bundesrates zur Änderung des schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindsrecht) vom 28. Juni 2006 (BBl 2006, 7001 ff., 7031 f., Gesetzesentwurf 7139 ff. sowie nunmehr die definitive Fassung vom 19. Dezember 2008 in BBl 2009, 141 ff.). Die *Anforderungen an die Urteilsfähigkeit* richten sich nach der Bedeutung des konkreten Geschäfts; wegen der Persönlichkeitsnähe der Patientenverfügung sind keine hohen Anforderungen zu stellen, wobei allerdings je nach Komplexitätsgrad (etwa auch von Formularen: oben Anm. 54) durchaus Unterschiede denkbar sind.

⁶³ Vgl. Medizinisch-ethische Richtlinie der SAMW zur Patientenverfügung vom 19. Mai 2009 <www.samw.ch/de/Aktuell/News.html> (letztmals aufgerufen am 23. Juni 2009), 7.

⁶⁴ ARTER, ST 2007, 558 ff.; AFFOLTER, AJP/PJA 2006, 1060 f.

⁶⁵ FANKHAUSER, BJM 2010, 251.

⁶⁶ AFFOLTER, AJP/PJA 2006, 1061.

⁶⁷ Botschaft des Bundesrates zur Änderung des schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindsrecht) vom 28. Juni 2006 (BBl 2006, 7001 ff., 7031, Gesetzesentwurf 7139 ff. sowie nunmehr die definitive Fassung vom 19. Dezember 2008 in BBl 2009, 141 ff.).

⁶⁸ Z.B. Tages-Anzeiger, 30. Juli 2005, 10, Mutter verweigert Blut und stirbt nach der Geburt; PETER, Zeugen Jehovas, <http://jusletter.weblaw.ch/article/de_8461> (letztmals aufgerufen am 17. Januar 2011), Rz. 1 ff., zu den rechtlichen und medizinischen Fragen bei der Behandlung von Zeugen Jehovas.

⁶⁹ BVerfG NJW 2002, 206; DETTMAYER, 220 f., (= OLG München Urt. v. 31. Januar 2002 – 1 U 4705/98 – MedR 2003, 174); RÖTHEL/HESSELER, FamRZ 2006, 530 f., auch wurde in den USA die Rechtmässigkeit einer

Bluttransfusion durch den High Court bei einer Zeugin Jehovas bestätigt, welche sich in einer *Advance Directive* zuerst schriftlich dagegen ausgesprochen hatte, ihre Aussage dann jedoch im Krankenhaus mündlich widerrief. Anzumerken ist, dass die Patientenverfügung in der Schweiz nach dem neuen Erwachsenenschutzrecht nicht mündlich sondern schriftlich widerrufen wird (was die nottestamentsähnliche Situation eines allfälligen Widerrufs allerdings krass verkennt: vgl. die – praktisch inoperativen, aber für den Bereich medizinischer Behandlung durchaus naheliegenden – Art. 506-508 ZGB zum mündlichen Nottestament).

⁷⁰ GETH/MARTINO, ZSR 2009, 178. – S. näher unten mit Anm. 71.

⁷¹ AFFOLTER, AJP/PJA 2006, 1066; AFFOLTER, Plädoyer 2007, 23; a.A. NOLL, Plädoyer 2006, 40, nach geltendem Recht ist die Patientenverfügung auch bei psychisch kranken Menschen zu berücksichtigen; DRESSING/SALIZE, 82 f., zur Anwendbarkeit von Patiententestamenten in der Psychiatrie in Ländern der EU; Botschaft des Bundesrates zur Änderung des schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindsrecht) vom 28. Juni 2006 (BBl 2006, 7001 ff., 7034, Gesetzesentwurf 7139 ff. sowie nunmehr die definitive Fassung vom 19. Dezember 2008 in BBl 2009, 141 ff.). – Bei biographisch frühem Unfall kann sich z.B. die Frage stellen, ob ein Behandlungsverzicht nicht eher auf die Hochbetagten-situation bezogen war?

Patientenverfügung werden *nach heute geltendem Recht* verschiedene Meinungen vertreten⁷².

[Rz 30] Nach bislang herrschender Lehre und ohnehin nach neuem Recht gilt die Patientenverfügung allermindestens als ein *wichtiges Indiz* bei der Ermittlung des *mutmasslichen Patientenwillens*⁷³. Eine andere vielfach vertretene Meinung betrachtet die Patientenverfügung als verbindlich⁷⁴. Auch kam aber bislang vor, dass der Patientenverfügung die Bindungswirkung abgesprochen wurde, dies aus verschiedenen Gründen: So ist ohne Zweifel möglich, dass der Verfasser seine Einstellung ändert, vom Zeitpunkt der Niederschrift der Patientenverfügung an bis zum Zeitpunkt der Anwendung der Verfügung. Dies ist ein grosses Problem der Patientenverfügung, insbesondere wenn sie schon länger nicht mehr aktualisiert wurde⁷⁵. Der deutsche BGH hat festgehalten, dass die «Patientenverfügung als Ausdruck des fortwirkenden Selbstbestimmungsrechtes» bindend wirkt⁷⁶, was nichts daran ändert, dass die Kontinuität und Stabilität des Selbstbestimmungsrechtes u.U. beeinträchtigt sein kann und gegenteilige Gesichtspunkte wahrgenommen werden und um des Respekts der Persönlichkeit willen allenfalls Anlass geben müssen, eine Patientenverfügung (entgegen der durch sie geschaffenen Vermutung) *ausnahmsweise nicht* zu respektieren.

[Rz 31] Eine Studie auf einer chirurgischen Intensivstation im Universitätsspital Zürich im Jahr 2008 ergab, dass nur gerade 5% der Bevölkerung in der Schweiz eine Patientenverfügung besitzen. Von zwölf Ärzten, welche auf dieser Station

arbeiteten, gaben die meisten an, in ihrer beruflichen Laufbahn nicht mehr als zwei- bis dreimal auf eine solche von Patienten angesprochen worden zu sein⁷⁷. Mit der Revision des Vormundschaftsrechtes wird die Patientenverfügung gesetzlich verankert. Für das Pflegepersonal und für die Ärzte bleibt auch unter dem neuen Recht der (mutmassliche) Patientenwille *verbindlich*, für den die Patientenverfügung unter Ermangelung abweichender Entwicklungen klares Indiz darstellt. Es bleibt zu wünschen, dass mit der gesetzlichen Verankerung der Patientenverfügung auch die Sensibilität gegenüber einem Thema wächst, welches offensichtlich in weiten Bevölkerungskreisen bisher tabuisiert wurde⁷⁸.

[Rz 32] Im neuen Erwachsenenschutzrecht wurde zudem der Fall geregelt, dass bei einer urteilsunfähigen Person weder ein Vorsorgeauftrag noch eine Beistandschaft besteht. In Art. 374 nZGB ist ein *Vertretungsrecht für den Ehegatten* bzw. den eingetragenen Partner durch das Gesetz vorgesehen, wenn ein gemeinsamer Haushalt bzw. ein regelmässiger persönlicher Beistand besteht⁷⁹. Fehlt eine Patientenverfügung, so kommt eine Vertretung bei medizinischen Massnahmen von Gesetzes wegen zum Einsatz, nach Art. 378 nZGB. In einer Kaskade wird vorgesehen, welche Personen der Reihe nach zur Vertretung berechtigt sind (Beistand/Beiständige, Ehegatte, eingetragener Partner, KonkubinatspartnerInnen, Nachkommen, Eltern, zuletzt Geschwister)⁸⁰. Die Verbindung der Schweizerischen Ärztinnen und Ärzte FMH kritisiert dieses neue System als nicht finanzierbar und ist der Meinung, die Spitäler würden künftig wertvolle Zeit damit vertun, Nachforschungen in der vorgegebenen Kaskade auf die Angehörigen zu verwenden, statt sich um das Wohl der kranken Patienten zu kümmern⁸¹. In dringenden Fällen ergreift der Arzt gemäss Art. 379 nZGB medizinische Massnahmen nach dem mutmasslichen Willen der urteilsunfähigen Person – mutmasslicher Wille ist diesfalls die Auffassung des

⁷² LAUFS/UHLENBRUCK, § 132, N 38 ff.

⁷³ RUDOLF/BITTLER/ROTH, N 200; SEELMANN, SAEZ 2006, 101; HAAS, 321; REUSSER KATHRIN, 188 ff.; NIETHAMMER, 142 f.; HÖFLING/SCHÄFER, 83 (TbI. 15), Kriterien zur Ermittlung des mutmasslichen Willens. – Die *Figur des mutmasslichen Willens* dort, wo eigentlich der *effektive Wille* interessieren würde, ist ein typisches *Problem des Zeitverlaufs*, der aufgrund der aktuellen sozio-demographischen Situation (höhere Lebenserwartung, höheres Bedürfnis zu autonomer Bestimmung) noch weiter an Bedeutung (und Problematik) gewinnen wird: Die «Durchlaufzeit» zwischen Willensäusserung und Umsetzung ist unvermeidlich, da ja in einem möglichst frühen Zeitpunkt vorgesorgt werden soll; spätere Anpassung ist mit zunehmendem Alter, abnehmender Urteilsfähigkeit (auch bezüglich der Beurteilung neuer Entwicklungen der Behandlungstechnik oder sonstiger exogener Faktoren) und bei u.U. veränderter familiärer Struktur bei gleichzeitig geringer Bereitschaft, sich mit dem Tod und den vorgängigen medizinischen Behandlungsfragen auseinander zu setzen, schwierig.

⁷⁴ RUDOLF/BITTLER/ROTH, N 200; SEELMANN, SAEZ 2006, 101; BAUMGARTEN, 328; PFÄNDLER, Plädoyer 2007, 31.

⁷⁵ RUDOLF/BITTLER/ROTH, N 200; HAAS, 321, spricht der Patientenverfügung die *absolute* Bindungswirkung ab; das dürfte teilweise richtig und falsch sein: *ambulatoria est voluntas usque ad vitae supremum exitum* ist eine alte Parömie, doch signalisiert ein einmal geäussertes Wille (allein schon, weil solche Äusserungen eher die Ausnahme und damit Zeugnis reflektierten Vorgehens sind), dass man sich mit einschlägigen Fragen befasst hat, was Respekt verdient – dieser Respekt aber gebietet, in Geschäftsführung ohne Auftrag die seinerzeitigen Gedanken des Urhebers den veränderten Rahmenbedingungen (Anm. 71) folgend weiterzudenken.

⁷⁶ RUDOLF/BITTLER/ROTH, N 200

⁷⁷ MEIER, 5, 12 (Tab. 1), 20.

⁷⁸ Vgl. MEIER, 18.

⁷⁹ HÄFELI, FamPra.ch 2007, 6. – Kaum einzusehen, weshalb in einer zunehmend status-unfreundlichen Zeit der Status und nicht die Beziehungsqualität im Vordergrund steht.

⁸⁰ HÄFELI, FamPra.ch 2007, 6; AFFOLTER, AJP/PJA 2006, 1061.

⁸¹ STEINER/KUHN, SÄZ 2003, 2538; Daten vom Kantonsspital Winterthur belegen, dass ein grosser Teil der Eintritte über den Notfall erfolgen (Jahr 2008: Medizinische Klinik, Patiententotal 17'996 ohne Poliklinik; Chirurgische Klinik und Poliklinik, Patiententotal 15'810; Interdisziplinärer Notfall, Patiententotal 26'127, wovon 8'927 stationär und 17'200 ambulante Notfall-Eintritte sind) <www.ksw.ch/Portaldata/1/Resources/ksw/corpccontent/dokumente/KSW_Jahresbericht_2008.pdf> (letztmals abgerufen am 27. Juli 2009), 20, 36, 43, 67. Es fragt sich, ob Notfallstationen und Polikliniken an die Kaskade gebunden werden können, oder ob später die Bettenstationen dafür zuständig sind, die Angehörigen ausfindig zu machen – wer nicht nur formal, sondern tatsächlich-gelebt Angehöriger ist, dürfte sich öfter auch zu Besuchszeiten zeigen (wobei bezüglich solcher äusserlicher Aspekte sogleich zu warnen ist: ein Patient kann auch usurpiert werden, was letztlich seine behördliche Verbeiständung erfordert: BGE 134 III 385).

sogenannten «Normal- oder Durchschnittsbürgers» am Ort der Behandlung.

4. Die fürsorgerische Unterbringung

[Rz 33] Die Bestimmungen über die fürsorgerische Freiheitsentziehung (FFE) gemäss 397a–397f ZGB befinden sich bislang im Zivilgesetzbuch. Mit dem neuen Erwachsenenschutzrecht sowie der begrifflichen Anpassung zur fürsorgerischen Unterbringung (in Anlehnung an Art. 5 EMRK) wird sich daran im Kern nicht viel ändern⁸². Grundsätzlich steckt der FFE im falschen Kleid, nämlich demjenigen des Zivilrechts, was einerseits historisch begründet sein mag, aber auch daran liegt, dass das Vormundschaftsrecht mit dem Familienrecht am engsten in Beziehung steht. Die Bestimmungen des FFE sind jedoch – rein materiell betrachtet – öffentlich rechtlicher Natur⁸³. Somit wäre es u.E. durchaus denkbar gewesen, die ärztliche Zuständigkeit zur fürsorgerischen Unterbringung auch im Medizinalberufegesetz (MedBG) zu regeln. Die Gedankenreise findet aber ein plötzliches Ende, da das MedBG insofern denkbar ungeeignet wäre, als es nur die selbständige Erwerbstätigkeit regelt und etliche Verwirrung stiftet⁸⁴. Zudem hat die fürsorgerische Unterbringung – betrachtet man sie nicht nach ihrer freiheitsentziehenden, sondern der therapeutischen Komponente – durchaus Bezüge zum Personenschutz- bzw. Familienrecht. Somit bleibt die fürsorgerische Unterbringung gesamthaft auch in Zukunft mit dem neuen Erwachsenenschutzrecht dem ZGB erhalten, unabhängig davon, ob es um die ärztliche Zuständigkeit geht.

a. Geltende Ordnung nach ZGB

[Rz 34] In Art. 397a ZGB werden die Voraussetzungen für eine fürsorgerische Freiheitsentziehung genannt⁸⁵. Demnach darf «eine mündige oder entmündigte Person wegen Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Trunksucht, anderen Suchterkrankungen oder schwerer Verwahrlosung in einer geeigneten Anstalt untergebracht oder zurückbehalten werden, wenn ihr die nötige persönliche Fürsorge nicht anders erwiesen werden kann.» Im Weiteren können Art. 15 b Abs. 1 BetmG⁸⁶ oder Art. 16 und 28 EpG⁸⁷ die gesetzliche Grundlage

für eine fürsorgerische Freiheitsentziehung bilden. Neu von Bedeutung ist zudem Art. 7 der Bioethikkonvention des Europarates, der den Schutz von Personen mit psychischen Störungen regelt⁸⁸. Zuständig für die Einweisung ist nach Art. 397b Abs. 1 ZGB (und z.B. § 117a Abs. 1 ZH EG-ZGB)⁸⁹ die Vormundschaftsbehörde am Wohnsitz der betroffenen Person, wobei den Kantonen die genaue Regelung (sachliche Zuständigkeit) überlassen bleibt⁹⁰. Wenn eine Person psychisch krank ist oder bei Gefahr im Verzug, so ist neben der Vormundschaftsbehörde ein Arzt für die Einweisung zuständig gemäss Art. 397 b Abs. 2 ZGB⁹¹ und § 117a Abs. 3 sowie § 117c ZH EG-ZGB⁹². Dieser trägt auch für einen ersten persönlichen Untersuch die Verantwortung⁹³. In § 117d ZH EG-ZGB wird die ärztliche Einweisung geregelt, wobei der einweisende Arzt nicht gleichzeitig auch der Aufnehmende sein darf⁹⁴. Die Entlassung kann nach Art. 397b Abs. 3 ZGB und § 117e Abs. 1 ZH EG-ZGB von der Vormundschaftsbehörde angeordnet werden, falls sie auch für die Unterbringung zuständig war, ansonsten entscheidet die Anstaltsleitung über den Austritt gemäss § 117f ZH EG-ZGB⁹⁵. Es ist anzumerken, dass (wie oft, so auch hier) die Praxis anders aussieht. Folglich kann auch hier gesagt werden, dass im Kanton Zürich heute rund 90% der FFE-Einweisungen bei psychischen Erkrankungen auf einem ärztlichen Entscheid beruhen, im Kanton Bern sind es ca. 70%⁹⁶. Schaut man sich diese Zahlen an, so überrascht, die ärztliche Zuständigkeit im neuen Erwachsenenschutzrecht beschränken zu wollen. Es lohnt sich eine kurze Auseinandersetzung mit der fürsorgerischen Unterbringung nach neuem Recht.

⁸² SUTTER-SOMM/KOBEL, 282, zur fürsorgerischen Unterbringung nach Art. 5 EMRK; s. in diesem Sinne auch die Glosse im Rahmen der Monatsfrage: BREITSCHMID, plädoyer 2011/2.

⁸³ AUER, ZVW 2003, 190 f., SCHNYDER, 120 ff., zum Bundeszivilrecht.

⁸⁴ Hierzu vgl. 1.a.bb)

⁸⁵ CAVIEZEL-JOST, 272 f., zur persönlichen Fürsorge i.S.v. Art. 397a ZGB; SCHERWEY, 16; WEIG, 16, zur Notwendigkeit von gesetzlichen Bestimmungen; BREITSCHMID, Freiheitsentziehung, 64.

⁸⁶ KLEY-STRULLER, 137; IMHOF, 6; vgl. Bundesgesetz über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe (Betäubungsmittelgesetz, BetmG) vom 3. Oktober 1951 (SR 812.121) <www.admin.ch/ch/d/sr/8/812.121.de.pdf> (letztmals abgerufen am 20. Juli 2009).

⁸⁷ LANDOLT, 148; IMHOF, 6; GEISER, recht 2006, 92; vgl. Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz)

vom 18. Dezember 1970 (SR 818.101) <www.admin.ch/ch/d/sr/8/818.101.de.pdf> (letztmals abgerufen am 20. Juli 2009); wobei das EpG im Zeitalter der Schweinegrippe an Bedeutung gewinnt und sich derzeit einer Revision unterziehen muss; vgl. BAUMANN-HÖLZLE RUTH, «Bern bestimmt über Leben und Tod», Höfner Volksblatt v. 5. Mai 2009, 8.

⁸⁸ Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin (Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin) (AS 2008 5137) v. 4. April 1997 <www.admin.ch/ch/d/as/2008/5137.pdf> (letztmals abgerufen am 6. Juli 2009); BROZZO, 272, VOLLMANN, 29 f.

⁸⁹ Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (EG zum ZGB) des Kantons Zürich vom 2. April 1911 (LS 230) <www2.zhlex.zh.ch/appl/zhlex_r.nsf/WebView/17E723F8D52F5E35C125700E0032C316/\$File/230_2.4.11_49.pdf> (letztmals abgerufen am 20. Juli 2009).

⁹⁰ KLEY-STRULLER, 137.

⁹¹ In Analogie auch Art. 314 a Abs. 3 ZGB; SCHERWEY, 150 f., 168; SPIRIG, ZK, Art. 397b ZGB, N 48 ff., N 65 ff., zur ärztlichen Zuständigkeit und der Gefahr im Verzug.

⁹² KLEY-STRULLER, 137, BSK-ZGB I GEISER, Art. 397a ZGB, N 15.

⁹³ SCHERWEY, 168.

⁹⁴ BSK-ZGB I GEISER, Art. 397a ZGB, N 15.

⁹⁵ KLEY-STRULLER, 138; SCHERWEY, 155 ff.

⁹⁶ CHRISTEN LISANNE/CHRISTEN STEPHAN, 21, zudem gibt Tab. A5.1.5, 84, Auskunft betreffend Eintrittsart nach Einweisenden, wobei praktizierende Ärzte mehr FFE-Einweisungen vornehmen als etwa praktizierende Psychiater (5390 gegenüber 3704 für die Jahre 2000-2002).

b. Erwachsenenschutzrecht

[Rz 35] Wie bereits ausgeführt, fiel die sachliche Zuständigkeit bislang in den Bereich der Kantone. Daran wird sich nichts ändern. Auch nicht daran, dass die Kantone ihre Aufgabe sehr unterschiedlich wahrnehmen. Der Kanton Zürich hat im Patientinnen- und Patientengesetz⁹⁷ vereinzelte Hinweise zum fürsorgerischen Freiheitsentzug erlassen⁹⁸. Ganz anders der Kanton Basel Stadt, welcher die Behandlung und Einweisung psychisch kranker Personen eigenständig in einem Gesetz geregelt hat und damit in gewissem Rahmen auch das neue Erwachsenenschutzrecht beeinflusst hat⁹⁹.

[Rz 36] Bei der Einweisung in die Institution ist festzulegen, ob dies zur Unterbringung, zur Behandlung oder Betreuung erfolgt, nach Art. 426 Abs. 1 nZGB¹⁰⁰. Freiwillig eingetretene Personen dürfen gemäss Art. 427 Abs. 1 nZGB von der ärztlichen Leitung für maximal drei Tage in einer Institution zurückbehalten werden, wenn sie sich selbst oder Dritte bei Leib und Leben gefährden. Anschliessend dürfen sie die Klinik verlassen, wenn kein Unterbringungsentscheid der Erwachsenenschutzbehörde vorliegt¹⁰¹.

[Rz 37] Gemäss Art. 428 Abs. 1 nZGB ist für die Anordnung einer fürsorgerischen Unterbringung die *Erwachsenenschutzbehörde* zuständig. Im nZGB findet sich kein Hinweis mehr auf den «geeigneten Arzt», wie er in der *Botschaft* noch vorgesehen war¹⁰². Diese Bezeichnung hatte unter Experten für einigen Missmut oder zumindest gegenteilige Ansichten gesorgt. Die Meinung der Botschaft war, dass die Kantone für jeweilige Perioden «geeignete Ärzte» bezeichnen könnten, welche *neben* der Erwachsenenschutzbehörde eine fürsorgerische Unterbringung anordnen dürften¹⁰³. Wer allerdings geeigneter Arzt gewesen wäre, war auslegungsbedürftig.

Demnach dürfte es sich um einen Facharzt für Psychiatrie gehandelt haben. ETZENBERGER und SCHERWEY befürworteten die Vorteile der Eignung und Erfahrung eines Facharztes für Psychiatrie, welche die neue Regelung mit sich gebracht hätte¹⁰⁴. Anderer Ansicht war die FMH und begründete dies (rechtlich wenig überzeugend) mit der Organisation des Notfalldienstes. Ihrer Meinung nach müssten alle Ärzte unabhängig des Facharztstitels einbezogen werden¹⁰⁵. Berücksichtigt man, dass es mehr Allgemeinmediziner als Psychiater gibt, hätte es hier zu einem Engpass kommen können, obwohl wünschenswert gewesen wäre, jede fürsorgerische Unterbringung, unter Beizug eines entsprechenden Facharztes vornehmen zu lassen¹⁰⁶. Die revidierte Fassung des nZGB hat sich nun bewusst und wohl nicht unhaltbar von der Formulierung betreffend des «geeigneten Arztes» distanziert¹⁰⁷. Seine Spezialisierung wird den orthopädischen Chirurgen allerdings zwar nicht formell hindern, eine psychiatrische Unterbringung anzuordnen – sie müsste ihn aber hindern, sie zu verantworten.

[Rz 38] Die zeitliche Beschränkung der zuvor unbefristeten ärztlichen Einweisungsbefugnis erscheint grundsätzlich sinnvoll, da sie das Selbstbestimmungsrecht des Patienten stärkt¹⁰⁸. Damit wird die ärztliche Zuständigkeit nach Art. 429 nZGB im neuen Recht beschränkt. Die Kantone können sie für höchstens sechs Wochen vorsehen. Danach muss ein rechtskräftiger Entscheid der Erwachsenenschutzbehörde vorliegen. Fehlt ein solcher, ist die zu behandelnde Person wieder zu entlassen¹⁰⁹.

[Rz 39] Nach Art. 430 Abs. 1 nZGB hat der Arzt den Patienten *persönlich zu untersuchen* und anzuhören. Der Unterbringungsentscheid enthält dabei Angaben zu Ort und Datum der Untersuchung, Name des behandelnden Arztes, den Befund, Gründe und Zweck der fürsorgerischen Unterbringung sowie die Rechtsmittelbelehrung. Der Aufenthalt muss periodisch, spätestens sechs Monate nach Eintritt, überprüft werden (Art. 431 nZGB). Innerhalb von sechs Monaten erfolgt eine weitere Überprüfung, welche über die Aufrechterhaltung entscheidet¹¹⁰. Gemäss Art. 432 nZGB besteht das

⁹⁷ Patientinnen- und Patientengesetz des Kantons Zürich vom 5. April 2004 (LS 813.13) <www2.zhlex.zh.ch/Appl/zhlex_r.nsf/WebView/284C1585E12CC203C1256F4A00448D65/\$File/813.13_5.4.04_47.pdf> (letztmals aufgerufen am 23. Juni 2009), § 24, § 26, § 27.

⁹⁸ Neu kann auch das Polizeigesetz des Kantons Zürich eine gesetzlichen Grundlage darstellen, welches in § 25 die Voraussetzungen regelt, um eine Person in Gewahrsam nehmen zu dürfen, Polizeigesetz (PolG) vom 23. April 2007 (LS 550.1) <www.zhlex.zh.ch/Erlass.html?Open&Ordnr=550.1> (letztmals aufgerufen am 27. Juli 2009).

⁹⁹ Gesetz über Behandlung und Einweisung psychisch kranker Personen (Psychiatriegesetz) vom 18. September 1961 (LS 323.100) <www.gesetzsammlung.bs.ch/erlasse/323.100.pdf> (letztmals aufgerufen am 27. Juli 2009), § 33, die Rekurskommission ist ähnlich wie die künftige Erwachsenenschutzbehörde aufgebaut; vgl. NOLL, Plädoyer 2006, 39 ff., 42.

¹⁰⁰ Botschaft des Bundesrates zur Änderung des schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindsrecht) vom 28.6.2006 (BBl 2006, 7062 ff., Gesetzesentwurf 7139 ff. sowie nunmehr die definitive Fassung vom 19. Dezember 2008 in BBl 2009, 141 ff.).

¹⁰¹ HÄFELI, FamPra.ch 2007, 19.

¹⁰² Botschaft des Bundesrates zur Änderung des schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindsrecht) vom 28. Juni 2006 (BBl 2006, 7064., Gesetzesentwurf 7139 ff. sowie nunmehr die definitive Fassung vom 19. Dezember 2008 in BBl 2009, 141 ff.).

¹⁰³ HÄFELI, FamPra.ch 2007, 19.

¹⁰⁴ ETZENBERGER, ZSR 2003, 366; SCHERWEY, 178; BAUMANN-HÖLZLE, Medizinethik, 222 f., zur Ethik in der Psychiatrie.

¹⁰⁵ STEINER/KUHN, SÄZ 2003, 2541; POLEDNA/STOLL, AJP/PJA 2005, 1369 f., die Organisation des Notfalldienstes obliegt den Ärzten.

¹⁰⁶ NICK MATTHIAS, Psychiatrie ohne Nachwuchs, NZZ am Sonntag, 22. April 2007, <www.cchr.ch/pdf/nzz-articleF46CK.pdf> (letztmals eingesehen am 12. Juli 2009).

¹⁰⁷ Vgl. Fn. 102. Es bleibt weiterhin die Möglichkeit, Fachärzte mit FMH für Psychiatrie einzusetzen. In ländlichen Gebieten wären kantonsübergreifende, überregionale Lösungen aber unvermeidlich, und erfahrene Allgemeinmediziner dürften durchaus psychiatrische Notfallkompetenz erworben haben.

¹⁰⁸ Vgl. auch SCHERWEY, 177 f.

¹⁰⁹ REUSSER, ZSR 2003, 281.

¹¹⁰ HÄFELI, FamPra.ch 2007, 19.

Recht auf Beizug einer Vertrauensperson¹¹¹. Eine Besonderheit des neuen Rechtes stellt auch Art. 433 nZGB mit dem Erstellen eines Behandlungsplanes dar, welcher der Zustimmung der betroffenen Person bedarf. Die entsprechende im Behandlungsplan vorgesehene medizinische Massnahme kann nach Art. 434 nZGB Abs. 1 auch gegen den Willen des Patienten schriftlich angeordnet werden, falls diesem sonst ein ernsthafter gesundheitlicher Schaden droht, welcher sich gegen ihn oder sein Verhältnis zu Dritten richtet¹¹².

[Rz 40] Mit dem neuen Recht versuchte man zudem der *Drehtürpsychiatrie* entgegenzuwirken, welche durch das alte Recht begünstigt wurde. Nach *geltendem Recht* in Art. 397a Abs 3 ZGB muss ein Patient entlassen werden, sobald es sein Zustand erlaubt, unabhängig davon, ob eine Stabilisierung erreicht werden konnte. Diese unbefriedigende Situation soll mit dem neuen Recht ändern. So ist ein Patient zu entlassen, sobald die Voraussetzung für eine fürsorgliche Unterbringung nicht mehr gegeben erscheint¹¹³. Ob man erfolgreich gegen den «Drehtüreffekt» angehen kann, wird sich weisen:

[Rz 41] Eine aus Fristgründen unabhängig vom Behandlungsverlauf erzwungene Entlassung lässt zwar nicht den Arzt haftbar werden; allfällige Haftung von Behörden für verfehlte, verfrühte, unzulänglich vorbereitete oder begleitete Entlassung ist nicht hier im Rahmen der Haftung von Medizinalpersonen zu thematisieren. Die Interaktionen allzu zahlreicher Protagonisten sind allerdings ihrerseits risikoträchtig, aber haftungsdurchsetzungsschwerend (was für alle Beteiligten wenig erleichternd ist).

c. Die Erwachsenenschutzbehörde

[Rz 42] Die Erwachsenenschutzbehörde ist gemäss Art. 440 nZGB eine *Fachbehörde*, welche aus mindestens drei Mitgliedern besteht¹¹⁴. Es handelt sich somit um eine Kollegialbehörde. Es kann sich um ein interdisziplinär zusammengesetztes Fachgericht handeln oder um eine Verwaltungsbehörde mit gleicher Qualität. Die Organisation liegt bei den Kantonen. Die Mitwirkenden kommen aus den Bereichen Recht, Kinder- und Erwachsenenpsychiatrie, Geriatrie, Psychologie, Pädagogik, Sozialarbeit, Medizin usw. Das Spektrum ist bewusst breit gewählt¹¹⁵. Der Aufgabenbereich der Erwachsenenschutzbehörde ist vielgestaltig und erfordert eine Professionalisierung¹¹⁶ – anders lässt sich ein

präziser, effizienter Dialog der interagierenden Stellen gar nicht mehr gewährleisten.

[Rz 43] Die Neuorganisation wirft auch hier Fragen auf. So wurde etwa die *Eignung* der Mitglieder der neuen Kollegialbehörde in Frage gestellt. Zwar muss ein Jurist zur Gruppe gehören, was bezüglich Rechtsfragen und der korrekten Rechtsanwendung von Bedeutung sein mag. Die Interdisziplinarität (und Mischung der Gruppe) wird sonst aber dem Ermessen überlassen¹¹⁷, ebenso ob das Amt als Teilzeit- oder Vollzeittätigkeit ausgeübt werden kann¹¹⁸. Die Behörde muss zudem Dringlichkeitseinsätze wahrnehmen, was aufgrund ihres erweiterten Tätigkeitsfeldes im Rahmen der *fürsorglichen Unterbringung* (Beschränkung der ärztlichen Zuständigkeit) nicht nur begrüssenswert sondern fast zwingend erscheint¹¹⁹.

[Rz 44] Auch ist erst in den kantonalen Entwicklungslabors angedacht, wie die Erwachsenenschutzbehörden «*gebietsweise*» organisiert werden soll. Stellt man sich die regionalen (Stadt/Land, kleine und grössere Gemeinden) und gewisse sozial-strukturelle Unterschiede vor und überlegt sich, dass Gemeinden heute aus Kostengründen fusionieren¹²⁰, so sind neue Ansätze bei der Organisation der Erwachsenenschutzbehörde unausweichlich. Nach Auffassung des als Experte zur verfahrensrechtlichen und konzeptionellen Organisation vom Bund wie von Kantonen beigezogenen Gutachters aOR DANIEL STECK sollten die Behördeneinheiten so organisiert sein, dass mindestens 50'000–100'000 Einwohner umfasst werden¹²¹. Somit kann einer ungleichen Verteilung der Fachbehörde entgegengewirkt und können die nötigen «Fallzahlen» erreicht werden.

[Rz 45] *Haftungsrisiken* können aus den aufgezeigten Problemen nicht unmittelbar für die bloss punktuell involvierten Medizinalberufe entstehen, sondern fallen u.U. auf das organisationsverantwortliche Gemeinwesen zurück.

5. Aufenthalt in Wohn- und Pflegeeinrichtungen

[Rz 46] Die Kontrolle vertraglicher Regelungen über Wohnen und Betreuung Abhängiger wird mit dem künftigen Erwachsenenschutzrecht an Bedeutung gewinnen. Art. 382 ff. nZGB

mehr als 60 Aufgaben; KANTONALE VORMUNDSCHAFTSBEHÖRDEN (VBK), ZVW 2008, 83, hier werden rund 110 Aufgaben erfasst.

¹¹¹ Vgl. auch SCHERWEY, 171; BREITSCHMID, *successio* 2008, 22.

¹¹² Vgl. HÄFELI, FamPra.ch 2007, 19 f.; ETZENBERGER, ZSR 2003, 366 f.; SCHERWEY, 178.

¹¹³ REUSSER, ZSR 2003, 281; ETZENBERGER, ZSR 2003, 365 f.

¹¹⁴ Botschaft des Bundesrates zur Änderung des schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindsrecht) vom 28. Juni 2006 (BBl 2006, 7073, Gesetzesentwurf 7139 ff. sowie nunmehr die definitive Fassung vom 19. Dezember 2008 in BBl 2009, 141 ff.).

¹¹⁵ HÄFELI, FamPra.ch 2007, 20 f.; GEISER, ZVW 2003, 235.

¹¹⁶ VOGEL/WIDER, ZVW 2009, 76 f.; HÄFELI/VOLL, ZVW 2007, 63, erfasst werden

¹¹⁷ VOGEL/WIDER, ZVW 2009, 76 f.; Vgl. auch STRATENWERTH, FS-Trechsel, 890 ff., auch das Strafrecht hatte sich mit der Frage der personellen Zusammensetzung von Fachkommissionen zu befassen.

¹¹⁸ NZZ v. 18. Juni 2009, Nr. 138, 45, aOR Steck befürwortet zu Recht Vollamtlichkeit (bzw. *relevante* Teilzeitpensen); vgl. auch KANTONALE VORMUNDSCHAFTSBEHÖRDEN (VBK), ZVW 2008, 81.

¹¹⁹ KANTONALE VORMUNDSCHAFTSBEHÖRDEN (VBK), ZVW 2008, 81.

¹²⁰ Z.B. der Kt. Glarus <www.landsgemeinde.gl.ch/2006/htm/13.htm> (letztmals eingesehen am 4. August 2009).

¹²¹ NZZ v. 18. Juni 2009, Nr. 138, 45.

verlangen, dass für urteilsunfähige Erwachsene, welche in einer sozialmedizinischen Institution leben, ein sog. *Betreuungsvertrag* schriftlich abgeschlossen werden muss¹²². An dieser Stelle interessieren aber nicht nur der *Betreuungsvertrag* als solcher, sondern insbesondere die von der pflegerischen und medizinischen Leitung zu verantwortenden Einschränkungen der Bewegungsfreiheit, welche streng genommen als *freiheitsbeschränkende Massnahme* qualifiziert werden könnten. Das deutsche Recht geht hier zumindest einen Schritt weiter als das schweizerische. Hierzulande darf davon ausgegangen werden, dass die Anpflanzung von Rosen mit Dornen als natürliche Begrenzung z.B. vor einem Heim für Demente entlang der Wege (vorne Ziff. 2.a a.E.) so wenig als freiheitsentziehende Massnahme betrachtet wird, wie das vorübergehende (Mittagsruhe) Anbringen von Bettgittern zum Schutze von Patienten¹²³.

[Rz 47] Das Bundesgericht hat in seiner Rechtsprechung den Schutz der persönlichen Freiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV näher definiert. Davon werden «elementare Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung» erfasst sowie ein «Mindestmass an persönlicher Entfaltungsmöglichkeit»¹²⁴. Nach neuem Erwachsenenschutzrecht sind Massnahmen wie das Anbringen von Bettgittern zu protokollieren, und die Angehörigen verfügen über ein Akteneinsichtsrecht. Besteht die Gefahr, dass die Interessen der betroffenen Person nicht gewahrt werden, kann der Patient oder die von ihm damit beauftragte Person an die Erwachsenenschutzbehörde gelangen (Art. 373 und 368 nZGB)¹²⁵.

[Rz 48] In Deutschland stellen sämtliche Massnahmen, die eine Person daran hindern, entgegen ihrem eigenen Willen den Aufenthaltsort frei wählen oder daran etwas verändern zu können, eine freiheitsbeschränkende Massnahme dar. Für sichernde Massnahmen, wie z.B. Bettgitter, welche über einen längeren Zeitraum bzw. wiederholt angebracht werden, muss bei urteilsunfähigen Patienten, bei denen eine Einwilligung nicht möglich ist, eine Genehmigung des

zuständigen Vormundschaftsgerichtes nach § 1906 Abs. 4 BGB vorliegen. Davon kann einzig abgesehen werden, wenn eine Einwilligung der betroffenen und urteilsfähigen Person in die vorgesehene Massnahme vorliegt¹²⁶.

[Rz 49] *Haftungsrelevant* ist, was als Verletzung *heimvertraglicher Pflichten* zu betrachten ist. Würde und Bewegungsfreiheit der Bewohnerschaft sind zu schützen und dürfen nicht aus Kostengründen (jedenfalls nur in grundrechtsvertretbarem Rahmen) beschränkt werden. Zugleich gebietet das Leben in Gemeinschaft allerdings einen gewissen Anpassungsbedarf (Schlaf- und Essenszeiten), der aber nicht mit der «medizinischen Keule» erzwungen werden darf – vielmehr ist *geeignetes* Heim nur eine Institution, welche den *bewohnerschaftsspezifischen* Belastungen der Abläufe trotzdem betriebswirtschaftlich effizient zu begegnen vermag. Es sind damit der *Heimträger* und höchstens im Rahmen von Art. 55 OR bzw. Art. 55 ZGB ein ärztliches oder pflegerisches Mitglied der Heimleitung, welche zur Verantwortung zu ziehen wären.

6. Fazit

[Rz 50] Medizinische und pflegerische Tätigkeit in *Grenzsituationen* ist anspruchsvoll und trägt das Risiko in sich, suboptimale Ergebnisse zu erzielen. Das schliesst ein Haftungsrisiko ein. Dieses *Haftungsrisiko ist so auszugestalten, dass es qualitätssichernde Anstrengung ermuntert, aber nicht haftungsscheu-träge Absicherungsmentalität begünstigt*. Unter diesem Gesichtspunkt sind hohe Ansprüche an fachlich hoch qualifiziertes Personal zu stellen, aber es ist dieses Personal auch vor den unausweichlichen Risiken seiner Tätigkeit zu schützen, indem Haftungsansprüche mit Augenmass beurteilt werden. Zugleich sind aber auch die Patienten davor zu schützen, in Rechtshändel verwickelt zu werden, die nicht sie zu vertreten haben: Gesundheitliche Risiken sind obligatorisch versichert, und das muss auch für die Kompensation von Folgeschäden gelten; ob diese Folgeschäden konstitutionell-intern zu Lasten des Patienten bzw. seines (Kranken-)Versicherers gehen oder institutionell-extern von einem Leistungserbringer bzw. dessen (Haftpflcht-)Versicherer zu tragen sind, ist lediglich Positionszuweisung in der volkswirtschaftlichen Bilanz, die unter den Protagonisten auszumachen ist und die Patienten nicht zusätzlich belasten darf.

[Rz 51] Dass der Inhalt von *Patientenverfügungen* frei gestaltet werden kann, macht so lange Sinn, als die gewünschten

¹²² BREITSCHMID/STECK/WITTWER, 22; vgl. AFFOLTER, Plädoyer 2007, 23.

¹²³ BREITSCHMID, Vormundschaft, ZVW 2003, Fn. 13; LANDOLT, Rechtskunde, 93, Einschränkungen der körperlichen Bewegungsfreiheit sind aufgrund einer gesetzlichen Grundlage, z.B. der kantonalen Gesetzgebung, zulässig (Art. 36 BV, Art. 28 Abs. 2 ZGB).

¹²⁴ BGE 133 I 58 E 6.1; LANDOLT, 60 f., die körperliche Bewegungsfreiheit wird durch Art. 10 Abs. 2, 22 und 31 BV geschützt. Art. 8 EMRK ermöglicht zudem das Recht auf persönliche Entwicklung und die Beziehung zu anderen Menschen; vgl. auch Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin (Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin) (AS 2008 5137) v. 4. April 1997 <www.admin.ch/ch/d/as/2008/5137.pdf> (letztmals abgerufen am 10. August 2009), zur Bedeutung von Art. 5–9 vgl. vorne Anm. 16.

¹²⁵ AFFOLTER, Plädoyer 2007, 24; Botschaft des Bundesrates zur Änderung des schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindsrecht) vom 28. Juni 2006 (BBI 2006, 7001 ff., 7031, Gesetzesentwurf 7139 ff. sowie nunmehr die definitive Fassung vom 19. Dezember 2008 in BBI 2009, 141 ff.); vgl. Anm. 67.

¹²⁶ WALTHER, Ethik Med 2007, 289; BIENWALD, FS-BIENWALD, 17 f.; MADEA/DETTMEYER, 30 f., zu freiheitsentziehenden Massnahmen wie z.B. Fixierung, Isolierung mit Fallbeispielen aus der Psychiatrie; BORUTTA, 44; so zählen zu den einzelnen Formen der Freiheitsentziehung pflegerischer Verrichtungen z.B. Einsperren oder Zurückhalten einer Person, Anbringen von Trickschlössern, Kleider oder Fortbewegungsmittel wegnehmen, Fixation durch Bettgitter, Magnetgurte, Rollstuhltischchen, Spezialhemden, sedierende Medikamente, med. Behandlungsmassnahmen etc.

medizinischen Massnahmen realistisch ausgestaltet sind und «Bodenhaftung» aufweisen. Immer weniger realistisch werden künftig wohl manche «Hotellerwünsche» in Patientenverfügungen sein. Wo die Grenzen zu ziehen sind, wird stets der Einzelfall zeigen.

[Rz 52] Mit Diskussionsstoff aufgrund aktueller Fälle ist stets zu rechnen. Als publik wurde, dass der in der Strafanstalt Pöschwies inhaftierten «Babyquäler» René Osterwalder eine Liebesbeziehung zu einem Mitgefangenen pflege und diese nach dem Partnerschaftsgesetz¹²⁷ institutionalisieren wolle, verlegte man seinen Freund aus Sicherheits- und Ordnungsgründen in die Strafanstalt Thorberg im Kanton Bern. Darauf war Osterwalder in den Hungerstreik getreten, wobei er in einer Patientenverfügung die *Zwangsernährung* ablehnte und mit rechtlichen Schritten drohte, sollte gegen die Verfügung verstossen werden¹²⁸. Aus strafrechtlicher Sicht sowie gemäss Art. 3 EMRK besteht keine Pflicht zur Zwangsernährung einer schuld- (und damit urteils-)fähigen Person¹²⁹. Inzwischen war Osterwalder aber, da sein Allgemeinzustand sich zunehmend verschlechtert hatte, ins Inselelspital nach Bern verlegt und auch eine Zwangsernährung nicht mehr ausgeschlossen worden¹³⁰. Die Gründe dafür sind die Fürsorgepflicht der (Gefängnis-)Anstalt einerseits, andererseits die SAMW-Richtlinie¹³¹, welche die Zwangsernährung von «nicht entscheidungsfähigen» inhaftierten Personen unter bestimmten Umständen¹³² als «soft law» verbieten, sowie Strafvollzugsgrundsätze des Europarats in Verbindung mit der EMRK sowie einzelne Verfassungsbestimmungen, die einer Zwangsernährung nicht widersprechen. Damit wird klar, dass es sich bei der Zwangsernährung im Strafvollzug um eine rechtliche «Grauzone» handelt¹³³. Immerhin wird man bei der Gewichtung der konkurrierenden Wertungen zu berücksichtigen haben, dass im Strafvollzug die Weigerung der Nahrungsaufnahme durchaus als medienwirksames Druckmittel verwendet werden kann, um Vorteile im Haftregime zu

erzwingen («Recht auf Heirat» bzw. im gegebenen Fall das Leben einer Partnerschaft), was im Rahmen sonstiger Institutionen (im Sinne von Ziff. 5) kaum der Fall sein kann.

[Rz 53] Das Bundesgericht hat nunmehr im Fall «Rappaz» ein wegweisendes Urteil gefällt, welches zwar nicht unumstritten ist, aber den Behörden ermöglicht, eine Zwangsernährung durchzuführen¹³⁴. Das besondere Rechtsverhältnis im Strafvollzug macht eine Besonderheit aus, welche ein Abweichen von an sich selbstverständlichen grundrechtlichen Positionen gebietet.

[Rz 54] Die *fürsorgerische Unterbringung* bringt eine Beschränkung der ärztlichen Zuständigkeit im neuen Erwachsenenschutzrecht mit sich. Es wird eine zeitliche Einschränkung der Einweisungsbefugnis des Arztes vorgesehen, da eine ärztlich angeordnete fürsorgerische Unterbringung nach sechs Wochen durch einen rechtskräftigen Entscheid der zuständigen Erwachsenenschutzbehörde ersetzt werden muss¹³⁵. Diese «Neuorganisation» in zeitlicher Hinsicht mutet grundsätzlich sinnvoll an. Faktisch wichtiger als Zuständigkeitsabgrenzungsfragen (behördliche oder ärztliche Zuständigkeit; allgemein- oder fachärztliche Zuständigkeit) dürften persönlich-empathische Aspekte sein, die allerdings weder durch Gesetzgebung noch Haftungsvorschriften durchgesetzt werden können und typischerweise nicht «vollstreckbar» sind. Man hat jedenfalls (ausser in propagandistischen Stellungnahmen) davon abzusehen, die fürsorgerische Unterbringung als «Haft» zu qualifizieren – weder ist die Bewegungsfreiheit in gleichem Masse beschränkt, noch ist sie um der «Unangenehmheit» willen beschränkt, sondern zum Zwecke der medizinischen Behandlung in einer Phase, für welche auch durch Patientenverfügung nicht gültig ein Behandlungsverzicht abgegeben werden kann, weil die Einsicht und damit die Urteilsfähigkeit bezüglich der Notwendigkeit der Behandlung fehlt.

[Rz 55] Die Zuständigkeit für die fürsorgerische Unterbringung nach neuem Recht liegt grundsätzlich bei der *Erwachsenenschutzbehörde*. Deren Struktur und Ausgestaltung scheint nun Form anzunehmen. Es mag aufgrund ihres erweiterten Tätigkeitsfeldes sinnvoll sein, dass die Behörde 24 Stunden pro Tag intervenieren kann, und doch ist *vor einer Tendenz zu warnen, die juristische Betreuung perfekter auszugestalten als die Nachtwache in den stationären Institutionen* – für die Behandlungsqualität (und damit in manchem Falle die Reintegration von Patienten ins Leben) ist letztere wichtiger.

[Rz 56] Die *Einschränkung der Bewegungsfreiheit* (z.B. durch

¹²⁷ Bundesgesetz vom 18. Juni 2004 über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare (Partnerschaftsgesetz, PartG, SR 211.231) <www.admin.ch/ch/d/sr/c211_231.html> (letztmals abgerufen am 13. Juli 2009).

¹²⁸ Osterwalder berief sich auf die neue Medizinisch-ethische Richtlinie der SAMW zur Patientenverfügung vom 19. Mai 2009 <www.samw.ch/de/Aktuell/News.html> (letztmals aufgerufen am 13. Juli 2009); vgl. Osterwalder im Hungerstreik, Tages-Anzeiger v. 11. Juli 2009, 11.

¹²⁹ TRECHSEL/FINGERHUTH, STGB-PK, Art. 115 StGB, N 5; STRATENWERTH/WOHLERS, STGB-HK, Art. 74 StGB, N 1, zur Zwangsernährung.

¹³⁰ <www.nzz.ch/nachrichten/panorama/osterwalder_hungerstreik_inselelspital_1.3380708.html?printview=true> (letztmals aufgerufen am 24. August 2009).

¹³¹ Medizinisch-ethische Richtlinie der SAMW zur Ausübung der ärztlichen Tätigkeit bei inhaftierten Personen (2002) <www.samw.ch/de/Ethik/Richtlinien/Aktuell-gueltige-Richtlinien.html> (letztmals aufgerufen am 24. August 2009), vgl. Ziff. 9.

¹³² Z.B. wenn zu einem Zeitpunkt der Urteilsfähigkeit eine gültige Patientenverfügung verfasst wurde – im Zusammenhang mit einem Sterbewunsch.

¹³³ TAG, 17 f., zur Zwangsernährung im Strafvollzug; MAUSBACH, 428 f.

¹³⁴ Zum Fall Rappaz siehe BGE 6B_599/2010; KRÄHENMANN/SCHWEIZER/TSCHUMI, Hungerstreik, <http://jusletter.weblaw.ch/article/de/_8933?lang=de#titel_2_8> (letztmals abgerufen am 17. Januar 2011), Rz. 1 ff.; GUILLOD/SPRUMONT, Tribunal fédéral, <http://jusletter.weblaw.ch/article/de/_8794?lang=de> (letztmals abgerufen am 17. Januar 2011), Rz. 1 ff.

¹³⁵ Vgl. Anm. 109; SCHERWEY, 177.

das Anbringen von Bettgittern) zu protokollieren, erscheint ordnungs- und verhältnismässig. Auch das *Akteneinsichtsrecht* der Angehörigen nach neuem Recht ist folgerichtig, denn Information ist praktische Voraussetzung partnerschaftlichen Zusammenwirkens aller Beteiligten im Interesse der Patienten – insofern ist die *Verletzung von Informationspflichten* geradezu als *Haftungstatbestand* zu nennen.

[Rz 57] Damit wird das Selbstbestimmungsrecht von Patienten im neuen Erwachsenenschutzrecht gestärkt und deren Rechtsschutz verbessert. Die Stellung der Medizinalberufe verändert sich in verschiedener Hinsicht. Es kommt zu einer Beschränkung der ärztlichen Zuständigkeit bei der fürsorglichen Unterbringung, zur Verbindlichkeit des Patientenwillens sowie einer Protokollierungspflicht bei der Einschränkung der Bewegungsfreiheit (z.B. durch das Anbringen von Bettgittern) für die Pflegeberufe.

Literaturverzeichnis(Auswahl)

AFFOLTER KURT, Die Aufwertung der Selbstbestimmung im neuen Erwachsenenschutzrecht, AJP/PJA 2006, 1057–1067 (zit. AFFOLTER, AJP/PJA 2006)

AFFOLTER KURT, Mehr Rechte für Handlungsunfähige, Plädoyer 2007, 22–25 (zit. AFFOLTER, Plädoyer 2007)

ARTER OLIVER, Vorsorgeauftrag und Patientenverfügung – Das neue Erwachsenenschutzrecht als erweitertes Tätigkeitsfeld für Berater und Treuhänder, ST 2007, 657–660

AUER CHRISTOPH, Bundeskompetenzen in Verfahren vor vormundschaftlichen Behörden, ZVW 2003, 188–206

BABAÏANTZ OLIVIER, Les directives anticipées en matière de soins médicaux et la représentation thérapeutique privée, Neuchâtel 1998 (= Cahier/Institut de droit de la santé, no 6)

BAUMANN-HÖLZLE RUTH, «Bern bestimmt über Leben und Tod», Höfner Volksblatt v. 5. Mai 2009, 8

BAUMANN-HÖLZLE RUTH, Moderne Medizin – Chance und Bedrohung: Eine Medizinethik entlang dem Lebensbogen, Bern 2001 (= Interdisziplinärer Dialog – Ethik im Gesundheitswesen, Bd. 2) (zit. BAUMANN-HÖLZLE, Medizinethik)

BAUMANN MAX, Vorsorgeauftrag für medizinische Massnahmen und Patientenverfügung, ZVW 2005, 58–69

BAUMGARTEN MARK-OLIVER, The right to die? Rechtliche Probleme um Sterben und Tod: Suizid – Sterbehilfe – Patientenverfügung – «health care proxy» – Hospiz im internationalen Vergleich, 2. Aufl., Diss., Bern 2000

BERGER CHRISTIAN/HAAHROFF INA, Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens, in: TAUPITZ JOCHEN (Hrsg.), Das Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin des Europarates: Taugliches Vorbild für eine weltweit geltende Regelung? = *The convention on human rights and biomedicine of the Council of Europe: A suitable model for worldwide regulation?*, Berlin/Heidelberg u.a. 2002, 131–140 (=

Veröffentlichungen des Instituts für Deutsches, Europäisches und Internationales Medizinrecht, Gesundheitsrecht und Bioethik der Universitäten Heidelberg und Mannheim, Bd. 7)

BIAGGINI GIOVANNI, BV-Kurzkomentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft: Mit Auszügen aus der EMRK, den UNO-Paketen sowie dem BGG, Zürich 2007 (zit. BIAGGINI, BV-Komm)

BIDERBOST YVO, Der neue Erwachsenenschutz im Überblick, SJZ 2010, 309–320

BIENWALD CHRISTA, Zum Umgang mit Rechten von Heimbewohnern, in: SONNENFELD SUSANNE (Hrsg.), Nichtalltägliches aus dem Alltag des Betreuungsrechts: Festschrift für Werner Bienwald zum 70. Geburtstag am 6. Juli 2006, Bielefeld 2006, 1–22

BORUTTA MANFRED, Pflege zwischen Schutz und Freiheit: Das Selbstbestimmungsrecht verwirrter alter Menschen, Hannover 2000

BREITSCHMID PETER, Die erwachsenenschutzrechtliche Behandlung künftiger Erblasserinnen und Erblasser, successio 2008, 16–29 (zit. BREITSCHMID, successio 2008)

BREITSCHMID PETER, Ersatzlösungen anstelle der Errichtung einer Vormundschaft oder von vormundschaftlichen Massnahmen, ZVW 2003, 47–61 (zit. BREITSCHMID, Vormundschaft, ZVW 2003)

BREITSCHMID PETER, Rechtliche Situation der Fürsorgerischen Freiheitsentziehung: Standort und Ausblick, in: BREITSCHMID PETER et. al. (Hrsg.), Freiheitsentziehung: Fürsorge- und Ordnungsrecht im Spannungsfeld des Art. 397a ZGB, Zürich/Basel/Genf 2004, 57–80 (zit. BREITSCHMID, Freiheitsentziehung)

BREITSCHMID PETER, Vorsorgevollmachten, ZVW 2003, 269–280 (zit. BREITSCHMID, ZVW 2003)

BREITSCHMID PETER/REICH JOHANNES, Vorsorgevollmachten – ein Institut im Spannungsfeld von Personen-, Vormundschafts-, Erb- und Obligationenrecht, ZVW 2001, 144–166 (zit. BREITSCHMID/REICH, ZVW 2001)

BREITSCHMID PETER/STECK DANIEL/WITTWER CAROLINE, Der Heimvertrag, in: BREITSCHMID PETER/GÄCHTER THOMAS (Hrsg.), Rechtsfragen zum Heimaufenthalt und dessen Finanzierung, Zürich/St. Gallen 2010, 19–59

BROZZO PATRICK, Zwangsmedikation im Lichte des Vormundschaftsrechts unter besonderer Berücksichtigung der neueren bundesgerichtlichen Rechtssprechung, in: DÖRR BIANKA S./MICHEL MARGOT (Hrsg.), Biomedizinrecht: Herausforderungen, Entwicklungen, Zürich 2007, 254–277 (= Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich, Bd. 9)

BRÜCKNER CHRISTIAN, Erfahrungen und Empfehlungen aus der Schweiz – Materiellrechtliche und prozessuale Grundlagen – Praktische Handhabungen und Erfahrungen, in: BRÜCKNER CHRISTIAN/WIENKE ALBRECHT/LIPPERT HANS-DIETER (Hrsg.), Der

Wille des Menschen zwischen Leben und Sterben: Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht, ausgewählte medizinrechtliche Aspekte, Berlin/Heidelberg/New York u.a. 2000, 139–154 (= MedR: Schriftenreihe Medizinrecht)

CAVIEZEL-JOST BARBARA, Die materiellen Voraussetzungen der fürsorgerischen Freiheitsentziehung, Diss., Freiburg 1988

CHRISTEN LISANNE/CHRISTEN STEPHAN, Zwangseinweisungen in psychiatrische Kliniken der Schweiz, Analyse der Psychiatrie-Zusatzdaten 2000–2002, Neuchâtel 2005 (= Arbeitsdokument/ Schweizerisches Gesundheitsobservatorium, Nr. 13)

DETTMEYER REINHARD, Medizin & Recht, Rechtliche Sicherheit für den Arzt, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York u.a. 2006

DEVAUD CORALIE, L'information en droit médical: Étude de droit suisse, Diss., Genf/Basel/Zürich 2009

DIURNI AMALIA, Die Arzthaftung von gestern und das Medizinrecht von heute in rechtsvergleichender Perspektive, in: AHRENS HANS-JÜRGEN/VON BAR CHRISTIAN/TAUPITZ JOCHEN et. al. (Hrsg.), Medizin und Haftung: Festschrift für Erwin Deutsch zum 80. Geburtstag, Berlin/Heidelberg 2009, 85–101

DONATSCH, ANDREAS, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008

DRESSING HARALD/SALIZE HANS JOACHIM, Zwangsunterbringung und Zwangsbehandlung psychisch Kranker: Gesetzgebung und Praxis in den Mitgliedsländern der Europäischen Union, Bonn 2004 (= Forschung für die Praxis – Hochschulschriften)

DRUEY JEAN NICOLAS, Grundriss des Erbrechts, 5. Aufl., Bern 2002

DUNGER CHRISTINE, Die Stellung der Patientenverfügung in Deutschland, Österreich und Schweiz, in: SCHNELL MARTIN W. (Hrsg.), Begleitung am Lebensende im Zeichen des verfügbaren Patientenwillens, Kurzlehrbuch für die Palliative Care, Bern 2009, 35–63

EICHENBERGER THOMAS, Selbständige oder unselbständige Erwerbstätigkeit der Ärztin/des Arztes am Spital, AJP/PJA 2003, 1316–1328

EISNER BEAT, Die Aufklärungspflicht des Arztes: Die Rechtslage in Deutschland, der Schweiz und den USA, Bern/Göttingen u.a. 1992

ETTER BORIS, Das Inkrafttreten des Medizinalberufegesetzes MedBG, in: Jusletter 13. August 2007 (zit. ETTER, Medizinalberufegesetz)

ETTER BORIS, Medizinalberufegesetz: Bundesgesetz vom 23. Juni 2006 über die universitären Medizinalberufe (MedBG), Bern 2006 (zit. ETTER, MedBG-Komm)

ETZENSBERGER MARIO, «Fürsorgerische Unterbringung» und «Behandlung psychischer Störung», ZSR 2003, 361–368

FANKHAUSER ROLAND, Die gesetzliche Vertretungsbefugnis bei

Urteilsunfähigen nach den Bestimmungen des neuen Erwachsenenschutzrechts, BJM 2010, 239–266

FEDERSPIEL BARBARA, Patientenverfügung zur Auftragsklärung für Entscheidungen am Lebensende: Ärztlicher Notfalldienst und Abteilung Innere Medizin Lindenhofspital Bern, Masterarb. med., Zürich 2004 (= Schriftenreihe der SGGP, Nr. 79)

FELLMANN WALTER, Das Medizinalberufegesetz ist neu in Kraft – bitte gleich nachbessern!, Jusletter 10. September 2007 (zit. FELLMANN, Medizinalberufegesetz)

FELLMANN WALTER, Die Haftung des Privatarztes und des Privatspitals, in: FELLMANN WALTER/POLEDNA TOMAS (Hrsg.), Die Haftung des Arztes und des Spitals, Zürich 2003, 47–72 (zit. FELLMANN, Haftung) (= Forum Gesundheitsrecht, Bd. 7)

FELLMANN WALTER, Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten, in: KUHN MORITZ W./POLEDNA TOMAS (Hrsg.), Arztrecht in der Praxis, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007, 103–231 (zit. FELLMANN, Arztrecht)

GÄCHTER THOMAS, Selbstständige Berufsausübung im Sinn des Medizinalberufegesetzes (MedBG) und des Psychologieberufegesetzes (PsyG): Ein doppeltes Missverständnis und dessen mögliche Folgen, Jusletter 19. Januar 2009 (zit. GÄCHTER, Selbstständige Berufsausübung)

GÄCHTER THOMAS/VOLLENWEIDER IRENE, Gesundheitsrecht: Ein Grundriss für Studium und Praxis, 2. Aufl., Basel 2010

GEISER THOMAS, Medizinische Zwangsmassnahmen bei psychisch Kranken aus rechtlicher Sicht, recht 2006, 91–101

GETH CHRISTOPHER/MARTINO MONA, Widersprüche bei der Regelung der Patientenverfügung im neuen Erwachsenenschutzrecht – Verbindlichkeit, mutmasslicher Wille oder objektive Interessen?, ZSR 2009, 157–180

GÖTZ STAEHELIN CLAUDIA, Teamarbeit und geteilte Verantwortung in Spital, Arztpraxis und Belegarztverhältnis, HAVE 2007, 226–234

GUHL THEO/KOLLER ALFRED/SCHNYDER ANTON K./DRUEY JEAN NICOLAS, Das schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000 (zit. GUHL/AUTOR/IN)

GUILLOD OLIVIER, La responsabilité civile des médecins, un mouvement de pendule, in: BORGI MARCO/GUILLOD OLIVIER/SCHULTZ HANS (Hrsg.), La responsabilità del medico e del personale sanitario fondata sul diritto pubblico, civile e penale, Lugano 1989, 55–90 (zit. GUILLOD, médecins) (= Atti della giornata di studio del 12 giugno 1989, Bd. 2)

GUILLOD OLIVIER, Le consentement éclairé du patient, autodétermination ou paternalisme?, Diss., Neuchâtel 1986 (zit. GUILLOD)

GUILLOD OLIVIER/GUINAND JEAN, Validité et efficacité du testament biologique, ZSR 1988, 401–433 (zit. GUILLOD/GUINAND, ZSR 1988)

GUILLOD OLIVIER/HELLE NOÉMIE, Mandat d'incapacité, directives anticipées et représentation de la personne incapable, porte

ouverte à la confusion? (art. 360–373 AP), ZSR 2003, 291–309 (zit. GUILLOD/HELLE, ZSR 2003)

GUILLOD OLIVIER/MEIER PHILIPPE, Représentation privée, mesures tutélaires et soins médicaux, in: GAUCH PETER et al. (Hrsg.), Familie und Recht: Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg für Bernhard Schnyder zum 65. Geburtstag, Fribourg 1995, 325–363 (zit. GUILLOD/MEIER, FG-Schnyder)

GUILLOD OLIVIER/SPRUMONT DOMINIQUE, Les contradictions du Tribunal fédéral face au jeûne de protestation – Arrêt du 26 août 2010 (6B_599/2010) de la Cour de droit pénal du Tribunal fédéral, Jusletter 8. November 2010 (zit. GUILLOD/SPRUMONT, Tribunal fédéral)

HAAS RAPHAËL, Die Einwilligung in eine Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 Abs. 2 ZGB, Diss., Zürich 2007 (= Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Bd. 18)

HÄFELI CHRISTOPH, Der Entwurf für die Totalrevision des Vormundschaftsrechts – Mehr Selbstbestimmung und ein rhetorisches (?) Bekenntnis zu mehr Professionalität, FamPra. ch 2007, 1–24

HÄFELI CHRISTOPH/VOLL PETER, Die Behördenorganisation im Kindes und Erwachsenenschutz aus rechtlicher und sozialwissenschaftlicher Sicht, ZVW 2007, 51–64

HALTER HANS, Die Haftung des Arztes und des Spitals: Ethische Überlegungen, in: FELLMANN WALTER/POLEDNA TOMAS (Hrsg.), Die Haftung des Arztes und des Spitals, Zürich 2003, 9–19 (Forum Gesundheitsrecht, Bd. 7)

HAUSHEER HEINZ/GEISER THOMAS/AEBI-MÜLLER REGINA E., Das neue Erwachsenenschutzrecht, Bern 2010

HÖFLING WOLFRAM, Das neue Patientenverfügungsgesetz, NJW 2009, 2849

HÖFLING WOLFRAM/SCHÄFER ANNE, Leben und Sterben in Richterhand?, Köln 2006

HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 9. Aufl., Bern 2010

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 3. Aufl., Basel/Genf/München 2006 (zit. AUTOR/IN, BSK-ZGB I)

ILERI ATILAY, Die Haftung des Arztes, in: Demokratische Juristen der Schweiz (Hrsg.), Patient – Patientenrecht = Droits des patients – quel diagnostic?, Bern 1984, 145–156 (= Collection Volk + Recht; Bd. 5)

IMHOF ALEXANDER, Der formelle Rechtsschutz, insbesondere die gerichtliche Beurteilung, bei der fürsorglichen Freiheitsentziehung, Diss., Bern 1999

JÄGER PETER/SCHWEITER ANGELA, Rechtssprechung des Bundesgerichts zum Arzthaftpflicht- und Arztstrafrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006

KÄLIN OLIVER, Das neue Erwachsenenschutzrecht – Pflegefall, Demenz und Vermögen, ST 2008, 1048–1054

KANTONALE VORMUNDSCHAFTSBEHÖRDEN (VBK), Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde als Fachbehörde (Analyse und Modellvorschläge): Empfehlungen der Konferenz der kantonalen Vormundschaftsbehörden, ZVW 2008, 63–101

KIESER UELI, Gegenstand und Geltungsbereich des Medizinalberufegesetzes (MedBG), SCHAFFHAUSER RENÉ et al. (Hrsg.), Das neue Medizinalberufegesetz (MedBG), Referate der Tagung vom 23. August 2007 in Luzern, St. Gallen 2008, 9–39 (=Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Bd. 49)

KIESER UELI/POLEDNA TOMAS, Grenzen finanzieller Interessen von Medizinalpersonen – Einige Überlegungen mit Blick auf das Medizinalberufegesetz (MedBG), AJP/PJA 2008, 420–430

KLEY-STRULLER ANDREAS, Kantonales Privatrecht, St. Gallen 1992 (=Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse an der Hochschule St. Gallen, Neue Reihe, Bd. 37)

KRÄHENMANN ADRIAN/SCHWEIZER ANDREAS/TSCHUMI TOBIAS, Hungerstreik im Strafvollzug – Drei Fragen zum Fall Bernard Rappaz, Jusletter 10. Januar 2011 (zit. KRÄHENMANN/SCHWEIZER/TSCHUMI, Hungerstreik)

KUHN MORITZ, Die Arzthaftung in der Schweiz, MedR1999, 248–254 (zit. KUHN, MedR1999)

KUHN MORITZ, Arzt und Haftung aus Kunst- und Behandlungsfehlern, in: KUHN MORITZ W./POLEDNA TOMAS (Hrsg.), Arztrecht in der Praxis, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007, 601–667 (zit. KUHN, Arzt)

LANDOLT HARDY, Öffentliches Gesundheitsrecht, Public health law, Zürich/St. Gallen 2009

LANDOLT HARDY, Rechtskunde für Gesundheits- und Pflegeberufe, Bern/Göttingen/Toronto u.a. 2004 (zit. LANDOLT, Rechtskunde)

LAUFS ADOLF/UHLENBRUCK WILHELM, Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl., München 2010

LEUBA AUDREY, Santé et incapacité de discernement dans l'avant-projet de révision du droit suisse de la tutelle, in: ERDEM/BOLLE (Hrsg.), Journées juridiques turco-suisse/Türkisch-schweizerische Juristentage, Festschrift für Prof. Dr. Pierre Widmer, Istanbul: Galatasaray Üniversitesi 2005, 21–39 (zit. LEUBA, FS-Widmer)

MADEA BURKHARD/DETTMEYER REINHARD, Basiswissen Rechtsmedizin, Heidelberg 2007

MANAI DOMINIQUE, Les droits du patient face à la biomédecine, Bern 2006

MAUSBACH JULIAN, Zusammenfassung der Podiumsdiskussion des internationalen Symposiums «Intramurale Medizin», in: TAG BRIGITTE/HILLENKAMP THOMAS (Hrsg.), Intramurale Medizin

im internationalen Vergleich, Gesundheitsfürsorge zwischen Heilauftrag und Strafvollzug im Schweizerischen und internationalen Diskurs, Berlin/Heidelberg 2008, 423–431 (= Veröffentlichungen des Instituts für Deutsches, Europäisches und Internationales Medizinrecht, Gesundheitsrecht und Bioethik der Universitäten Heidelberg und Mannheim, Bd. 32)

MEIER SARA, Patientenverfügung auf der Intensivstation, Diss. med., Zürich 2008

MÜLLER CHRISTOPH, Die medizinische Berufshaftpflichtversicherung zwischen Gesetzgebung und Versicherungsmarkt, AJP/PJA 2007, 329–340

NIETHAMMER DIETRICH, Menschenwürdig sterben aus der Sicht eines Arztes, in: JENS WALTER/KÜNG HANS (Hrsg.), Menschenwürdig sterben: Ein Plädoyer für Selbstverantwortung, München/Zürich 1996, 133–148

NOLL ANDREAS, Mit dem Segen der Justiz zwangsweise weggesperrt, Plädoyer 2006, 39–45

OTT WERNER EDUARD, Voraussetzungen der zivilrechtlichen Haftung des Arztes, Diss., Zürich 1978 (= Zürcher Studien zum Privatrecht, Bd. 3)

PALLY URSINA, Arzthaftung mit den Schwerpunkten Schwangerschaftsbetreuung und Geburtshilfe, Diss., Zürich 2007 (= Zürcher Studien zum Privatrecht, Bd. 200)

PETER CHRISTIAN, Wünsche der Patienten und Pflichten der Ärzte – Rechtliche Probleme bei der medizinischen Behandlung von Zeugen Jehovas, Jusletter 16. August 2010 (zit. PETER, Zeugen Jehovas)

PFÄNDLER KURT, Klare Patientenverfügung geht dem Gesetz vor, Plädoyer 2007, 31–32

POLEDNA TOMAS/STOLL RAPHAEL, Ärztlicher Notfalldienst: Pflicht oder Recht des Arztes? – Betrachtungen am Beispiel der Gesundheitsgesetzgebung des Kantons Zürich, AJP/PJA 2005, 1367–1372

REUSSER KATHRIN, Patientenwille und Sterbebeistand, Diss., Zürich 1994 (zit. REUSSER KATHRIN) (= Zürcher Studien zum Privatrecht, Bd. 112)

REUSSER RUTH, Auf dem Weg zu einem neuen Erwachsenenschutzrecht – Überblick über die Totalrevision des Vormundschaftsrechts, ZSR 2003, 271–289, (zit. REUSSER, ZSR 2003)

RÖTHEL ANNE/HESSELER BENJAMIN, Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung im englischen Erwachsenenschutzrecht: Mental Capacity 2005, FamRZ 2006, 529–531

ROGGO ANTOINE, Aufklärung des Patienten: Eine ärztliche Informationspflicht, Diss., Bern 2002 (= Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 663)

ROGLMEIER JULIA, Live and let die, die gesetzlichen Neuregelungen zur Patientenverfügung, ZErB 2009, 236–239

RUDOLF MICHAEL/BITTNER JAN/ROTH WOLFGANG, Vorsorgevollmacht, Betreuungsverfügung und Patientenverfügung, 2.

Aufl., Angelbachtal 2006 (= Schriftenreihe der Deutschen Vereinigung für Erbrecht und Vermögensnachfolge, Bd. 6)

SCHERWEY ELISABETH, Das Verfahren bei der vorsorglichen fürsorgerischen Freiheitsentziehung, Diss., Basel 2004

SCHLUEP WALTER R., Innominatverträge, SPR VII/2, Basel 1979, 763–969

SCHMID MARKUS, Aspekte und Thesen zur Arzthaftung, in: JUNG PETER (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen im Haftungsrecht, Bern/Zürich u.a. 2007, 111–134 (= Edition Weblaw, Bd. 2/Colloquium, Bd. 3)

SCHNYDER BERNHARD, Formelles Bundeszivilrecht – am Beispiel der fürsorgerischen Freiheitsentziehung, in: STURM FRITZ (Hrsg.), Mélanges Paul Piotet, recueil de travaux offerts à M. Paul Piotet, professeur à l'Université de Lausanne, Berne 1990, 119–134

SEELMANN KURT, Umgang mit urteilsunfähigen Patientinnen und Patienten, SAEZ 2006, 101–102

SPIEWAK MARTIN, Künstliche Ernährung, Leben am Schlauch, DIE ZEIT, 28. Mai 2009, Nr. 23, 39–40

SPIRIG EUGEN, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Zürcher Kommentar), Bd. II: Familienrecht, Teilbd. 3a: Die allgemeine Ordnung der Vormundschaft: Die Fürsorgerische Freiheitsentziehung, Art. 397a–397f ZGB, 3. Aufl., Zürich 1995 (zit. Spirig, ZK)

SPRECHER FRANZISKA, Rechtliche Rahmenbedingungen der medizinischen Humanforschung, in: DÖRR BIANKA S./MICHEL MARGOT (Hrsg.), Biomedizinrecht: Herausforderungen, Entwicklungen, Zürich 2007, 107–139 (= Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich, Bd. 9)

STARK EMIL W., Die Schadenersatzpflicht bei widerrechtlicher fürsorgerischer Freiheitsentziehung nach Art. 429aZGB; ihre Stellung im Haftpflichtrecht, in: GAUCH PETER et al. (Hrsg.), Familie und Recht: Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg für Bernhard Schnyder zum 65. Geburtstag = Famille et droit: mélanges offerts par la Faculté de droit de l'Université de Fribourg à Bernhard Schnyder à l'occasion de son 65e anniversaire, Freiburg 1995, 715–729

STEINER URSULA/KUHN HANSPETER, Revision Zivilgesetzbuch, SÄZ 2003, 2537–2542

STEFFEN GABRIELLE/GUILLOD OLIVER, CH-Landesbericht Schweiz, in: TAUPITZ JOCHEN (Hrsg.), Das Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin des Europarates: Taugliches Vorbild für eine weltweit geltende Regelung? = *The convention on human rights and biomedicine of the Council of Europe: A suitable model for world-wide regulation?*, Berlin/Heidelberg u.a. 2002, 351–394 (= Veröffentlichungen des Instituts für Deutsches, Europäisches und Internationales Medizinrecht, Gesundheitsrecht und Bioethik der Universitäten Heidelberg und Mannheim, Bd. 7)

STRATENWERTH GÜNTHER, Zur Rolle der sog. Fachkommissionen, in: DONATSCH ANDREAS et. al (Hrsg.), Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte: Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2002, 887–895

STRATENWERTH, GÜNTER/WOHLERS WOLFGANG, Schweizerisches Strafgesetzbuch: Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2009 (zit. STRATENWERTH/WOHLERS, STGB-HK)

SUTTER-SOMM THOMAS/KOBEL FELIX, Familienrecht, Zürich/Basel/Genf 2009

TAG BRIGITTE, Intramurale Medizin in der Schweiz – Überblick über den rechtlichen Rahmen, in: TAG BRIGITTE/HILLENKAMP THOMAS (Hrsg.), Intramurale Medizin im internationalen Vergleich, Gesundheitsfürsorge zwischen Heilauftrag und Strafvollzug im Schweizerischen und internationalen Diskurs, Berlin/Heidelberg 2008, 1–38 (= Veröffentlichungen des Instituts für Deutsches, Europäisches und Internationales Medizinrecht, Gesundheitsrecht und Bioethik der Universitäten Heidelberg und Mannheim, Bd. 32)

TRECHSEL STEFAN et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch: Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2008 (zit. TRECHSEL/AUTOR/IN, STGB-PK)

UMMEL MARINETTE, Testament et directives anticipées, in: BERTRAND DOMINIQUE/DUMOULIN JEAN-FRANÇOIS/LA HARPE ROMANO/UMMEL MARINETTE (Hrsg.), Médecin et droit médical, Présentation et résolution de situations médico-légales, 3. Aufl., Chêne-Bourg 2009, 141–148

VOGEL URS/WIDER DIANA, Das neue Erwachsenenschutzrecht: Eine Übersicht über den kantonalen Regelungsbedarf, den Stand der entsprechenden Umsetzungsarbeiten und ein Ausblick auf Unterstützungsangebote, ZVW 2009, 73–83

VOLLMANN JOCHEN, Aufklärung und Einwilligung in der Psychiatrie: Ein Beitrag zur Ethik in der Medizin, Darmstadt 2000 (= Monographien aus dem Gesamtgebiete der Psychiatrie, Bd. 96)

WALTHER GUY, Freiheitsentziehende Massnahmen in Altenpflegeheimen – rechtliche Grundlagen und Alternativen der Pflege, Ethik Med 2007, 289–300

WEBER ROLF H., Praxis zum Auftragsrecht und zu den besonderen Auftragsarten, Bern 1990

WEIG WOLFGANG, Zwischen Freiheitsrecht und Fürsorglichkeit: Psychiatrie- und Unterbringungsgesetze der deutschen Länder, in: HAJAK GÖRAN/MÜLLER JÜRGEN (Hrsg.), Willensbestimmung zwischen Recht und Psychiatrie, Berlin/Heidelberg/New York 2005, 15–20 (MedR: Schriftenreihe Medizinrecht)

WENZEL FRANK, Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht, Köln 2007

WIEGAND WOLFGANG, Der Arztvertrag, insbesondere die Haftung des Arztes, in: Arzt und Recht, BTJP 1984, Bern 1985, 81–123

WIDMER BLUM CARMEN LADINA, Urteilsunfähigkeit, Vertretung

und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag, Diss., Zürich 2010 (= Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft; Bd. 48)

WITTWER CAROLINE/BREITSCHMID PETER, Entwicklungen im Transplantationsrecht, unter besonderer Berücksichtigung der Auswirkungen des neuen Erwachsenenschutzrechts, in: Jusletter 22. November 2010 (zit. WITTWER/BREITSCHMID, Transplantationsrecht)

Materialienverzeichnis

- Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare (Partnerschaftsgesetz, PartG), vom 18. Juni 2004 (SR 211.231) <www.admin.ch/ch/d/sr/c211_231.html> (letztmals abgerufen am 13. Juli 2009).
- Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz) vom 18. Dezember 1970 (SR 818.101) <www.admin.ch/ch/d/sr/8/818.101.de.pdf> (letztmals abgerufen am 20. Juli 2009)
- Bundesgesetz über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe (Betäubungsmittelgesetz, BetmG) vom 3. Oktober 1951 (SR 812.121) <www.admin.ch/ch/d/sr/8/812.121.de.pdf> (letztmals abgerufen am 20. Juli 2009)
- Botschaft des Bundesrates zur Änderung des schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindsrecht) vom 28. Juni 2006 (BBJ 2006, 7001 ff., Gesetzesentwurf 7139 ff. sowie nunmehr die definitive Fassung vom 19. Dezember 2008 in BBJ 2009, 141 ff.), <www.admin.ch/ch/d/ff/2006/7001.pdf> (letztmals eingesehen am 6. Juli 2009)
- Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (EG zum ZGB) vom 2. April 1911 (LS 230) <[www2.zhlex.zh.ch/App/zhlex_r.nsf/WebView/17E723F8D52F5E35C125700E0032C316/\\$File/230_2.4.11_49.pdf](http://www2.zhlex.zh.ch/App/zhlex_r.nsf/WebView/17E723F8D52F5E35C125700E0032C316/$File/230_2.4.11_49.pdf)> (letztmals abgerufen am 20. Juli 2009).
- Gesetz über Behandlung und Einweisung psychisch kranker Personen (Psychiatriegesetz) vom 18. September 1961 (LS 323.100) <www.gesetzessammlung.bs.ch/erlasse/323.100.pdf>
- Medizinisch-ethische Richtlinien sind abrufbar unter Schweizerische Akademie medizinischer Wissenschaften SAMW <www.samw.ch/de/Ethik/Richtlinien/Aktuell-gueltige-Richtlinien.html> (letztmals eingesehen am 6. Juli 2009)
- Medizinisch-ethische Richtlinie der SAMW zur *Patientenverfügung* (2009)
- Medizinisch-ethische Richtlinie der SAMW zum

Recht der Patientinnen und Patienten auf Selbstbestimmung (2005)

- Österreichisches Patientenverfügungsgesetz <www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Dokumentnummer=NOR30005153> (letztmals abgerufen am 6. Juli 2009)
- Patientinnen- und Patientengesetz des Kantons Zürich vom 5. April 2004 (LS 813.13) <[www2.zhlex.zh.ch/Appl/zhlex_r.nsf/WebView/284C1585E12CC203C1256F4A00448D65/\\$File/813.13_5.4.04_47.pdf](http://www2.zhlex.zh.ch/Appl/zhlex_r.nsf/WebView/284C1585E12CC203C1256F4A00448D65/$File/813.13_5.4.04_47.pdf)> (letztmals aufgerufen am 23. Juni 2009)
- Patientenverfügung der FMH (Muster) <www.fmh.ch/de/data/pdf/patverf.pdf> (letztmals eingesehen am 6. Juli 2009).
- Polizeigesetz (PolG, Kanton Zürich) vom 23. April 2007 (LS 550.1) <www.zhlex.zh.ch/Erlass.html?Open&Ordnr=550.1> (letztmals aufgerufen am 27. Juli 2009)
- Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin (Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin) (AS 2008 5137) v. 4. April 1997 <www.admin.ch/ch/d/as/2008/5137.pdf> (letztmals abgerufen am 6. Juli 2009).

PETER BREITSCHMID, Prof. Dr. iur., Lehrstuhl für Privatrecht mit Schwerpunkt ZGB, Mitglied Doktoratskommission Biomedical Ethics and Law, Universität Zürich – *Korrespondenz* peter.breitschmid@rwi.uzh.ch

CAROLINE WITTWER, cand. iur., wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl Breitschmid, Universität Zürich, dipl. Pflegefachfrau HF – *Korrespondenz* lst.breitschmid@rwi.uzh.ch.

Bei dem Beitrag handelt es sich um eine überarbeitete Fassung einer Unterlage zu einem Referat anlässlich des Symposiums «**Gesundheitsrecht zwischen Wandel und Tradition – Chancen und Herausforderungen**» an der **Yeditepe Üniversitesi**, Istanbul, am 10. September 2009.

* * *